ARCHIVES DE DROIT ET DE LÉGISLATION PUBLIÉES PAR MM. BELPAIRE...

ARCHIVES

DE DROIT ET DE LÉGISLATION.

ARCHIVES

DE

DROIT ET DE LÉGISLATION,

PUBLIÉES PAR

MM. DELPAIRE, greffier du tribunal de commerce d'Anvers et membre de l'Académie de Bruxelles.
DE BONNE, avocat à la cour d'appel de Bruxelles
DE BRAUWERE, directeur du bureau de législation au ministère de la justice
DE FACQZ, conseiller à la cour de cassation
DELECOURT, avocat à Mons.
DELECOURT, substitut du procureur du roi à Bruxelles.
GANS, professeur de droit à l'université de Berlin
A. HAGHAN, docteur en droit
HAUS, professeur de droit à l'université de Gand
LAVALLEYE, avocat à la cour d'appel de Bruxelles et professeur de droit à l'université libre de Bruxelles
LEVIONET, avocat à la cour d'appel de Bruxelles.
AHRENS, professeur de droit à l'université libre de Bruxelles
ROLLIN, avocat à la cour d'appel de Gand
SAUVAGE (DE), président à la cour de cassation
VAN MEENEN, président à la cour de cassation
VERHAEGEN, aîné, avocat et professeur honoraire de droit commercial à l'université libre de Bruxelles, membre de la chambre des représentants.
VISSCHERS, conseiller des mines, ancien secrétaire général du ministère de la justice.
WARNKOENIG, professeur de droit à l'université de Fribourg.
EYAS, conseiller à la cour d'appel de Liége

T. II.

Bruxelles.

SOCIÉTÉ BELGE DE LIBRAIRIE, ETC.
HAUMAN ET COMPe.

1839

ESSAI

DE

LÉGISLATION PÉNALE MILITAIRE,

PAR P. A. F. GERARD,

AUDITEUR MILITAIRE

(Suite.)

> Les paroles de la loi doivent se peser comme des diamants.
> BENTHAM.

CODE DE JUSTICE MILITAIRE.

LIVRE DEUXIÈME. — PROCÉDURE.

TITRE Ier. — ACTES PRÉLIMINAIRES.

CHAPITRE Ier.

De la police judiciaire.

Art. 52. La police judiciaire militaire recherche les crimes, les délits et les contraventions de toute nature commis par des militaires ou autres justiciables des cours militaires, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir.

Art. 53. La police judiciaire militaire sera exercée par :
1° Les auditeurs militaires ;
2° Les officiers de gendarmerie ;
3° Les commandants et majors de place ;
4° Les officiers et gardes de l'artillerie et du génie ;
5° Les membres du corps de l'intendance militaire ;
6° Les chefs de corps, de dépôt, de détachement et de poste ;
7° Les commandants de compagnie, d'escadron et de batterie, les adjudants-majors et les officiers de semaine.

Art. 54. Lorsqu'il y aura concurrence entre plusieurs des officiers de police judiciaire désignés à l'article précédent, la préférence appartiendra, dans tous les cas, aux auditeurs militaires, à défaut d'auditeurs, au plus élevé en grade, et à grade égal, d'abord aux officiers de gendarmerie et ensuite au plus ancien de grade, sauf les exceptions ci-après :
La préférence appartiendra, lorsqu'il ne se présentera point d'auditeurs :
1° Aux commandants et majors de place, pour tous crimes ou délits commis dans la place, autres que les crimes et délits spécifiés dans les deux numéros suivants ;
2° Aux membres du corps de l'intendance militaire, pour les crimes et délits d'administration et de comptabilité militaire ;
3° Aux officiers et gardes de l'artillerie et du génie, pour les dégradations commises dans les ouvrages de fortifications, bâtiments, magasins, ou autres établissements placés sous leur surveillance.

Art. 55. Les officiers de police judiciaire militaire recevront les plaintes et dénonciations qui leur seront adressées, et ils rédigeront les procès-verbaux nécessaires pour constater le corps du délit, son état et l'état des lieux.

Ils recueilleront les déclarations des personnes qui auraient été témoins du délit, ou qui auraient des renseignements à fournir.

Ils saisiront les papiers et effets qui pourraient servir à conviction ou à décharge, et se conformeront à cet égard aux art. 35, 36, 37, 38 et 39 du code d'instruction criminelle.

Art. 56. Dans le cas de flagrant délit, tel qu'il est défini par l'art. 41 du code d'instruction criminelle, tout officier de police judiciaire fera saisir les militaires ou justiciables des tribunaux militaires, prévenus d'un crime ou délit, et les fera conduire immédiatement devant l'autorité compétente. Il dressera procès-verbal de l'arrestation et y consignera les noms, les qualités et le signalement des individus arrêtés.

Art. 57. Hors le cas de flagrant délit, tout militaire ou individu justiciable des cours militaires, en activité de service ou de fonctions, qui sera inculpé d'un crime ou d'un délit, ne pourra être arrêté qu'en vertu de l'ordre d'un de ses supérieurs, lequel ne pourra jamais se refuser à l'exécution immédiate de mandats décernés par l'autorité judiciaire compétente.

Art. 58. Hors le cas de flagrant délit, lorsque l'autorité militaire aura à constater un crime ou un délit, de la compétence des cours militaires, dans un établissement civil, ou à y faire arrêter un de ses justiciables, elle adressera à l'autorité judiciaire ordinaire ses réquisitions tendant, soit à faciliter l'entrée de cet établissement, soit à assurer l'arrestation de l'inculpé.

Lorsqu'il s'agira d'un établissement maritime, l'autorité militaire s'adressera à l'autorité maritime compétente.

Art. 59. L'autorité judiciaire ordinaire et l'autorité maritime, seront tenues de déférer à ces réquisi-

tions, et, dans le cas de conflit, de s'assurer de la personne de l'inculpé dont l'arrestation aurait été requise ou ordonnée par l'autorité militaire, afin qu'il puisse être représenté après qu'il aura été statué sur le réglement de juges.

Art. 60. Les mêmes régles seront observées par l'autorité civile et par l'autorité maritime, lorsqu'il y aura lieu soit de constater un crime ou délit de la compétence des tribunaux ordinaires dans un établissement militaire, soit d'y arrêter un individu justiciable de ces tribunaux.

Art. 61. Lorsque l'arrestation du prévenu ou la saisie des pièces de conviction, obligera l'officier de police judiciaire, à pénétrer dans une habitation, autre que celle du prévenu, il ne pourra s'y introduire qu'assisté, soit du juge de paix ou de son suppléant, soit du bourgmestre, soit du commissaire de police, lesquels seront tenus de déférer sur-le-champ à sa réquisition, concourront à la rédaction du procès-verbal et le signeront.

Art. 62. En l'absence d'autorité civile, il sera passé outre aux opérations prescrites par la loi, à charge de constater l'absence dans le procès-verbal.

Art. 63. A défaut d'officier de police judiciaire militaire présent sur les lieux, les officiers de police judiciaire ordinaire rechercheront et constateront les crimes ou délits soumis à la juridiction des cours militaires, et commis par des militaires et autres justiciables des cours militaires.

Art. 64. Chaque feuillet des procès-verbaux dressés par un officier de police judiciaire militaire, sera signé par lui et par les personnes présentes aux actes de l'instruction, comme inculpées, témoins ou à tous autres titres.

Art. 65. Dans le cas de désertion, l'acte destiné à constater le fait sera dressé par le chef du corps ou du détachement auquel le déserteur appartiendra

Cet acte énoncera depuis quel appel l'inculpé a disparu, ou depuis quelle époque il aurait dû rejoindre, s'il s'agit d'un militaire qui ne se soit pas présenté au corps, et contiendra en outre un exposé des circonstances qui auront accompagné la désertion, et un état indicatif des armes et objets qui auront été emportés par le prévenu.

Seront annexés à cet acte, un extrait du registre matricule et un extrait du livre des punitions, certifiés véritables par le chef du corps.

Art. 66. Si l'inculpé n'appartient à aucun corps, l'acte sera dressé par le chef sous les ordres duquel il se trouvera placé.

Art. 67. Les pièces désignées au second paragraphe de l'art. 65 seront remplacées, pour les miliciens non encore immatriculés :

1° Par la copie de la notification faite à domicile de la lettre de mise en activité(1);

2° Par un procès-verbal constatant que le milicien n'est pas arrivé à la destination qui lui avait été assignée.

Art. 68. S'il s'agit d'un engagé volontaire, qui n'a pas joint le corps, une expédition de l'acte d'engagement sera jointe à l'acte destiné à constater la désertion.

Art. 69. Les actes et procès-verbaux rédigés, en exécution des articles précédents, par les officiers de police judiciaire ordinaire, seront transmis sans délai, ainsi que les pièces et documents y relatifs, à l'auditeur militaire compétent par

(1) Voir l'art. 55 au titre de la compétence.

l'intermédiaire du général commandant la division ou le corps d'armée.

Art. 70. Si le prévenu est justiciable des tribunaux ordinaires, l'auditeur militaire transmettra les pièces avec un réquisitoire au président de la cour, qui statuera par une ordonnance, et renverra l'affaire au juge compétent, s'il y a lieu.

Art. 71. La poursuite des délits purement militaires ne pourra avoir lieu, à peine de nullité, que sur un ordre d'informer donné d'office ou d'après les rapports, actes ou procès-verbaux dressés conformément aux articles précédents.

Art. 72. L'ordre d'informer sera donné par le ministre de la guerre, si l'inculpé est officier général ou colonel; et dans les autres cas, par le général commandant la division ou le corps d'armée.

Art. 73. Lorsqu'il s'agira d'un crime ou d'un délit autre que les délits mentionnés aux deux articles précédents, l'auditeur militaire sera tenu de poursuivre d'office.

Art. 74. Toute personne qui se prétendra lésée par un des crimes ou délits que prévoient les lois pénales ordinaires, pourra se constituer partie civile devant l'auditeur militaire compétent.

Art. 75. Les cours militaires se conformeront, pour ce qui concerne l'action civile, aux art. 1, 2, 3, 4, 66, 67 et 68 du code d'instruction criminelle.

Art. 76. La partie civile est tenue de former sa demande en dommages-intérêts avant le jugement. Plus tard elle sera non recevable.

CHAPITRE II.

De l'instruction.

Art. 77. L'auditeur militaire procédera à l'interrogatoire

du prévenu. Il citera les témoins, par le ministère des huissiers ou agents de la force publique et les entendra. Il décernera des commissions rogatoires, et fera les autres actes de l'instruction que l'affaire pourra exiger, en se conformant aux art. 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 83, 84, 85 et 90 du code d'instruction criminelle.

Art. 78. Toutes les fois qu'il s'agira d'un délit prévu par les lois militaires, l'audition des témoins pourra être faite sommairement par un officier de police judiciaire militaire, désigné par l'autorité qui aura donné l'ordre d'informer.

Art. 79. Dans tous les cas de délits militaires et de délits correctionnels, si les déclarations des témoins ont été recueillies par un officier de police judiciaire, l'auditeur pourra se dispenser d'entendre ou de faire entendre les témoins qui auraient déjà déposé.

Art. 80. Toute personne citée pour être entendue en témoignage, sera tenue de comparaître ou de produire des excuses légitimes.

Art. 81. En cas de non comparution et de défaut d'excuses, si le témoin est militaire, l'auditeur pourra décerner un mandat d'amener.

Si le témoin n'est pas militaire, l'auditeur dressera procès-verbal de la non comparution, et le transmettra au procureur du roi près le tribunal de l'arrondissement où le témoin est domicilié. Le procureur du roi fera les poursuites nécessaires pour que le témoin soit contraint de comparaître, et requerra, s'il y a lieu, sa condamnation, par le tribunal, aux peines portées par le code d'instruction criminelle contre les témoins qui refusent d'obtempérer aux citations.

Art. 82. L'auditeur pourra, s'il le juge convenable, décerner contre les inculpés, soit des mandats de comparution, soit des mandats d'amener, suivant la nature du crime ou du délit et suivant la gravité des charges.

Après l'interrogatoire de l'inculpé, le mandat de comparution ou d'amener pourra être converti en mandat de dépôt.

Art. 83. Tout mandat de dépôt contiendra l'énonciation du fait pour lequel il est décerné, et la citation de la loi qui déclare que ce fait est un crime ou un délit.

Art. 84. Les mandats de comparution et d'amener seront adressés par l'auditeur au commandant militaire sur les lieux, qui les fera exécuter.

Art. 85. Les mandats de dépôt seront exécutés sur l'exhibition qui en sera faite aux concierges des prisons. L'auditeur qui les aura décernés devra, sans délai, lorsqu'il s'agira d'un délit militaire, en rendre compte à l'officier général qui aura donné l'ordre d'informer.

Art. 86. Les mandats de comparution, d'amener et de dépôt, seront, dans tous les cas, notifiés à l'inculpé auquel il en sera donné copie.

Art. 87. S'il résulte de l'instruction que le prévenu a des complices, l'auditeur militaire pourra les faire arrêter sur-le-champ, en se conformant aux articles précédents, pourvu que ces complices soient tous justiciables des cours militaires.

Si les complices ou l'un d'eux ne sont pas justiciables des cours militaires, l'auditeur adressera les pièces de la procédure avec un réquisitoire au président de la cour, qui statuera par une ordonnance et renverra la cause, s'il y a lieu, devant l'autorité compétente.

CHAPITRE III.

De la mise en jugement et du tirage au sort du jury.

Art. 88. L'instruction terminée, si l'auditeur militaire estime qu'il n'y a pas de charges suffisantes, il en fera rapport au président de la cour, et lui adressera toutes les pièces de la procédure, cotées et parafées.

Dans ce cas, le président de la cour militaire statuera par une ordonnance sur la mise en jugement. Néanmoins lorsque la partie civile, ou la partie plaignante non justiciable des cours militaires, le requerra, l'affaire sera toujours renvoyée devant le jury.

Art. 89. L'inculpé à l'égard duquel il aura été décidé qu'il n'y a pas lieu de mettre en jugement, ne pourra plus être traduit à raison du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges, conformément à l'art. 247 du code d'instruction criminelle.

Art 90. Lorsque le président de la cour militaire aura décidé qu'il y a lieu à mise en jugement, son ordonnance sera transmise à l'auditeur militaire, avec toutes les pièces de la procédure.

Cette ordonnance spécifiera le crime ou délit pour lequel l'accusé est mis en jugement et mentionnera le texte de la loi qui qualifie le fait incriminé et en détermine la peine.

Art. 91. Dans tous les cas de mise en jugement, soit en vertu d'une ordonnance du président, soit à la réquisition de l'auditeur militaire, celui-ci sera tenu de rédiger un acte d'accusation.

Cet acte contiendra les nom, prénoms et qualités du prévenu, un exposé sommaire des faits qui, d'après l'information, caractérisent le crime ou le délit et ses circonstances; l'indication du texte de la loi qui qualifie le crime

ou délit, et détermine la peine qui doit y être appliquée.

Art. 92. Aussitôt qu'une ou plusieurs affaires seront en état, l'auditeur militaire en informera le président de la cour, et déposera au greffe toutes les pièces de la procédure. Le président procédera sans délai au tirage au sort du jury.

Art. 93. Le tirage au sort du jury sera fait publiquement, en présence de l'auditeur militaire et du greffier, qui en dressera procès-verbal.

Art. 94. Au jour fixé par le président, des bulletins contenant les noms de toutes les personnes appelées à composer le jury, conformément aux dispositions du titre de l'organisation, seront lus à haute voix par le greffier, et jetés ensuite, par grade, dans des urnes distinctes, d'où le président en extraira le nombre indiqué par l'art. 15 du même titre.

Art. 95. Immédiatement après cette opération, il sera procédé au tirage au sort d'un juré suppléant pour chaque grade.

Art. 96. Dans la même séance, le président fixera le rôle des affaires à juger. Ce rôle indiquera le jour et l'heure de la première réunion du jury, et autant que possible le jour et l'heure où chacune des causes sera appelée. Il sera affiché à la porte de la salle d'audience.

Art. 97. L'intervalle qui s'écoulera entre le tirage au sort du jury et le jour de sa réunion ne pourra être moindre de trois jours, et devra dans tous les cas être suffisant pour la comparution des témoins assignés à la requête de l'auditeur militaire et pour la convocation des jurés.
S'il s'agit de juger un fait de révolte, et que le jury soit composé d'officiers et sous-officiers de la garnison ou du quartier général, cet in-

tervalle pourra être réduit à quarante-huit heures.

Art. 98. Le jury que le sort aura désigné servira dans toutes les causes portées au rôle dont il est fait mention à l'art. 96.

Art. 99. Dans les vingt-quatre heures qui suivront le tirage au sort du jury, copie de l'acte d'accusation sera notifiée au prévenu avec avertissement qu'il ait à se choisir un défenseur, faute de quoi il lui en sera nommé un d'office par le président, s'il s'agit d'un fait entraînant une peine autre que l'emprisonnement simple. Cette notification devra contenir l'indication du jour fixé par le président pour le jugement de la cause. Le tout à peine de nullité de ce qui suivra.

Art. 100. La veille du jour fixé pour l'ouverture des débats, l'auditeur militaire notifiera au prévenu la liste des jurés, et copie des dispositions des articles 27, 28, 29 et 134 de la présente loi.

La liste des témoins que se propose de faire entendre l'auditeur militaire sera aussi notifiée au prévenu dans le même délai.

Le tout à peine de nullité.

Art. 101. Copie des pièces de la procédure sera fournie au prévenu gratuitement, s'il le requiert. Lorsqu'il y a plusieurs prévenus, il ne leur sera donné gratuitement qu'une seule copie.

Art. 102. Le conseil du prévenu pourra communiquer avec lui aussitôt après les notifications voulues par l'article 99. Il lui sera donné communication du tableau prescrit par les articles 21, 22 et 24 du titre de l'organisation; et il pourra en faire prendre copie aux frais de l'accusé

Art. 103. Les défenseurs devront être pris, soit parmi les militaires, soit parmi les avocats et avoués, à

moins que le prévenu n'ait obtenu du président la permission de choisir un autre défenseur, et sans qu'en aucun cas l'éloignement du défenseur puisse retarder le jugement.

CHAPITRE IV.

De la convocation du jury et des excuses et récusations.

Art. 104. Le président informera sans délai le commandant de la place ou du quartier général, le général commandant la division ou le corps d'armée, ou le ministre de la guerre, suivant les cas prévus par les articles 21, 22 et 24 du titre de l'organisation, des résultats du tirage au sort, et leur adressera une copie du rôle mentionné à l'article 96.

Art. 105. Le ministre de la guerre, ou le général commandant la divison ou le corps d'armée, ou le commandant de la place ou du quartier général fera expédier des lettres de convocation aux jurés et aux jurés suppléants. Ces lettres seront adressées aux commandants des corps dont les jurés font partie ou aux chefs sous les ordres desquels ils sont immédiatement placés.

Art. 106. Les lettres de convocation rappelleront :

1° Les dispositions de la loi relatives aux causes d'empêchement légitime et au mode d'en justifier.

2° Les causes légales de récusation spécifiées aux articles 27, 28 et 29 du titre de l'organisation;

3° Les dispositions du code pénal militaire relatives aux peines encourues par les membres du jury qui ne se rendraient pas à leur poste et ne justifieraient pas suffisamment, ou à temps, des causes d'empêchement ou de récusation.

Art. 107. Les commandants de corps et les chefs ci-dessus mentionnés, qui auront reçu les lettres de

convocation, adresseront sous le plus bref délai, à l'autorité dont elles emanent, le reçu de chaque membre du jury, et ils rendront en même temps compte des absences et des excuses; cette autorité transmettra sur-le-champ au président de la cour militaire les reçus et les pièces relatives aux causes d'absence et aux motifs d'excuse.

Art. 108. Les excuses des jurés ne seront admissibles que dans les cas suivants :

1° Dans le cas de maladie ou de force majeure légalement constatée;

2° Dans le cas de congé ou permission, si l'officier ou sous-officier qui l'a obtenu avait quitté son corps ou sa résidence au moment où la lettre est parvenue, soit à son domicile, soit au chef du corps dont il fait partie, soit à l'officier général en chef sous lequel il est placé.

3° Dans le cas de mission donnée ou de service commandé par le ministre de la guerre, ou d'après ses ordres, avant l'ordre de convocation;

4° Dans tous les cas de récusation légale.

Art. 109. Dans le cas de maladie, le certificat sera délivré par le médecin en chef du corps auquel l'officier appartient, ou par le médecin ou chirurgien attaché à l'état-major, ou, à son défaut, par le médecin ou par le chirurgien en chef de l'hôpital militaire ou civil.

Art. 110. Les excuses seront jugées par le président de la cour, après avoir entendu l'auditeur militaire.

Art. 111. Tout juré absent ou excusé sera remplacé par le juré suppléant du même grade, et, à son défaut, par celui des jurés suppléants que le président désignera.

Art. 112. Il sera statué, avant l'ouverture de la session,

sur les excuses proposées en faveur des membres du jury.

Art. 113. Si l'excuse proposée par un juré est rejetée, ce juré, s'il est présent, sera tenu de siéger. Si elle est admise, il sera remplacé conformément à l'article 111.

Art. 114. Si l'excuse proposée par un juré absent est rejetée, la décision qui la concerna prononcera la peine portée par la loi, et sera, sauf opposition, exécutée à la diligence de l'auditeur militaire.

Art. 115. L'opposition sera portée devant la cour militaire qui aura prononcé la peine, et le président statuera sur son mérite.

Art. 116. Si le prévenu a des causes de récusation à faire valoir, il devra les énoncer avant l'ouverture des débats, par acte déposé au greffe et signé de lui ou de son fondé de pouvoir spécial. Le président de la cour en délibérera sur-le-champ, et statuera après avoir entendu le conseil du prévenu, l'auditeur militaire et la personne récusée.

Art. 117. Si l'auditeur militaire ou le président ont des motifs de récusation personnelle, conformément à l'article 29 du titre de l'organisation, ils en feront la déclaration au greffe de la cour. Cette déclaration, qui pourra être faite en tout état de cause, sera notifiée immédiatement au prévenu, qui aura vingt-quatre heures pour faire opposition; après quoi le président prononcera, s'il y a lieu, le renvoi de la cause, devant la cour militaire la plus voisine.

CHAPITRE V.

De la formation du jury.

Art. 118. Au jour et à l'heure indiqués pour la convocation, la cour et le jury se réuniront en présence du

prévenu et de son défenseur, au lieu ordinaire de leurs séances.

Art. 119. Les neuf jurés désignés par le sort ou leurs suppléants prendront place sur les siéges qui leur seront réservés, par ordre de grade et d'ancienneté de grade.

Art. 120. Le président avertira le prévenu qu'il a droit de récuser, sans en dire les motifs, deux membres du jury, de grades différents. Les deux jurés que le prévenu indiquera, ou que le président désignera conformément à l'article 16 du titre de l'organisation, quitteront immédiatement leur siége.

Cette disposition sera exécutée à peine de nullité.

Art. 121. Les formalités qui précèdent seront remplies avant l'ouverture de l'audience. Elles auront lieu pour chaque affaire.

TITRE DEUXIÈME. — JUGEMENT

CHAPITRE Ier.

De la police de l'audience.

Art. 122. Les audiences seront publiques. Néanmoins si cette publicité pouvait être dangereuse pour l'ordre ou les mœurs, la cour se conformera à l'art. 96 de la constitution. Dans tous les cas, l'arrêt sera prononcé publiquement, à peine de nullité.

Art. 123. Le président exercera exclusivement la police de l'audience, et pourra requérir à cet effet la force publique.

Art. 124. Les assistants seront sans armes, ils se tiendront découverts, dans le respect et le silence.

Art. 125. Lorsqu'un ou plusieurs des assistants donneront des signes publics d'approbation ou d'improbation, ou exciteront du tumulte, de quelque manière que ce soit, le président les fera expulser. S'ils résistent à ses ordres, le président ordonnera de les arrêter, de les conduire dans la prison militaire, et de les y détenir pendant vingt-quatre heures.

Art. 126. Il sera fait mention dans le procès-verbal de l'ordre du président; et sur l'exhibition qui sera faite de cet ordre au gardien de la prison militaire, ou au directeur de la maison de sûreté, les perturbateurs y seront reçus.

Art. 127. Si un assistant commet un crime ou délit quelconque à l'audience, les dispositions suivantes seront observées :

1° Si l'assistant est militaire ou assimilé aux militaires, et si, à raison de son grade ou rang, il est justiciable du jury siégeant, ou d'un jury d'une composition inférieure, d'après l'article 26 du titre de l'organisation, le président le fera saisir, et le soumettra immédiatement au jugement de la cour.

2° Si l'assistant est militaire ou assimilé aux militaires, mais si, à raison de son grade ou rang, il est justiciable d'un jury d'une composition supérieure, le président, après avoir fait dresser procès-verbal des faits et de leurs circonstances, ainsi que des dires des témoins, et après l'avoir signé, renverra l'inculpé, en état d'arrestation, à une autre session.

3° Si l'assistant n'est ni militaire, ni assimilé aux militaires, il sera arrêté et renvoyé avec le procès-verbal dressé comme il est dit au paragraphe précédent, devant le tribunal ordinaire compétent.

Art. 128. Il ne sera procédé, par la cour militaire, au jugement du prévenu, qu'après avoir entendu

l'auditeur militaire, le prévenu et le défenseur qu'il aura choisi, ou, à défaut, qui lui aura été nommé d'office par le président.

CHAPITRE II.

De l'examen et des débats.

Art. 129. A l'ouverture de l'audience, le prévenu comparaîtra devant la cour, sous garde suffisante, mais libre et sans fers. Le président lui demandera ses nom et prénoms, son âge, sa profession, sa demeure et le lieu de sa naissance. S'il refuse de répondre, il sera passé outre.

Art. 130. Le président lira à haute voix aux jurés qui seront debout et découverts, le serment dont la teneur suit :

« Vous jurez devant Dieu et devant les hommes, d'examiner, avec une attention scrupuleuse, les charges qui seront portées contre le prévenu (*ou les prévenus*), et de ne vous décider que d'après votre conscience et votre intime conviction, en hommes d'honneur et en loyaux militaires. »

Chacun des jurés, appelé par le président, répondra à haute voix : « Je le jure. »

Art. 131. Le président avertira le prévenu que la loi lui donne le droit de dire tout ce qui peut être utile à sa défense, et il avertira le conseil du prévenu qu'il ne peut rien dire contre sa conscience, ou contre le respect dû aux lois, et qu'il doit s'exprimer avec décence et modération.

Art. 132. Le président ordonnera ensuite au greffier de lire l'ordre d'informer et l'ordonnance de mise en jugement, s'il en existe, et l'acte d'accusation.

Art. 133. Si le prévenu a des moyens d'incompétence à faire valoir, il devra les proposer, soit par lui-même,

soit par son défenseur, avant l'audition des témoins.

Art. 134. Il en sera de même des moyens d'incompétence proposés par l'auditeur militaire.

Art. 135. Dans l'un et dans l'autre cas, cette exception sera jugée sur-le-champ par le président de la cour.

Art. 136. Si l'exception est rejetée, et si l'arrêt est attaquable en cassation, aux termes des articles 48, 49 et 50 du titre de la compétence, le président avertira le prévenu qu'il a jusques et y compris la journée du lendemain pour se pourvoir en cassation, et qu'il doit le faire par acte au greffe.

Art. 137. Il sera néanmoins passé outre aux débats et au jugement, jusqu'à l'exécution exclusivement.

Art. 138. Le greffier lira la liste des témoins qui devront être entendus, soit à la requête de l'auditeur militaire, soit à la requête de la partie civile, soit à celle du prévenu.

Cette liste ne pourra contenir que les témoins dont les noms, profession et résidence auront été notifiés, vingt-quatre heures au moins avant l'ouverture de la séance, au prévenu par l'auditeur militaire ou la partie civile, et, à l'auditeur militaire par le prévenu, sans préjudice de la faculté accordée par l'article 140.

Art. 139. Lorsque le prévenu, l'auditeur militaire ou la partie civile s'opposera à l'audition d'un témoin qui n'aurait pas été indiqué, ou qui n'aurait pas été clairement désigné dans l'acte de notification, le président statuera de suite sur cette opposition.

Art. 140. Le président sera investi d'un pouvoir discrétionnaire pour la direction des débats et la découverte de la vérité.

Il pourra, dans le cours des débats, appeler, même par mandat de comparution et d'amener, toute personne, ou se faire apporter toute pièce nouvelle, qui lui paraîtrait, d'après les nouveaux développements donnés à l'audience, soit par les prévenus, soit par les témoins, pouvoir répandre un jour utile sur le fait contesté.

Les témoins ainsi appelés ne prêteront pas serment, et leurs déclarations ne seront considérées que comme renseignements. Le président en avertira les jurés.

Art. 141. Si, d'après les débats, la déposition d'un témoin paraît fausse, le président pourra, sur la réquisition, soit de l'auditeur militaire, soit du prévenu, soit de la partie civile, et même d'office, faire mettre ce témoin en état d'arrestation.

Si le témoin est justiciable des cours militaires, l'affaire sera instruite et poursuivie dans les formes prescrites par la présente loi.

Si le témoin n'est pas justiciable des cours militaires, le président, après avoir dressé procès-verbal de la fausse déclaration, et avoir fait arrêter l'inculpé, s'il l'a jugé convenable, le renverra, avec le procès-verbal, devant le procureur du roi du lieu où siége la cour militaire.

Art. 142. Dans le cas de l'article précédent, l'auditeur militaire, la partie civile et le prévenu pourront immédiatement requérir, et le président pourra ordonner, même d'office, le renvoi de l'affaire à une session postérieure au jugement de l'individu prévenu de faux témoignage.

Art. 143. Seront au surplus observées, devant les cours militaires, les dispositions des articles 316 à 329 et 332 à 335 du code d'instruction criminelle

Art. 144. La partie lésée ayant rendu plainte, mais ne s'étant pas portée partie civile, pourra être entendue comme témoin. Toutefois le jury sera averti de sa qualité.

Si elle s'est portée partie civile, soit dans sa plainte, soit postérieurement, elle ne pourra être entendue sous serment, et ses déclarations ne seront admises que comme renseignements.

Art. 145. L'examen et les débats seront continués sans interruption, et le président ne pourra les suspendre que pendant les intervalles nécessaires pour le repos des jurés, des témoins et des prévenus.

Toutefois les débats pourront être suspendus par le président, d'office ou à la requête de l'auditeur militaire, de la partie civile ou du prévenu, si un témoin, dont la déposition est essentielle, ne s'est pas présenté, ou lorsqu'un fait important reste à éclaircir. Dans le cas où la suspension durerait plus de vingt-quatre heures, les débats recommenceront en entier.

CHAPITRE III.

Du vote du jury

Art. 146. Le président, après avoir déclaré que les débats sont clos, rappellera aux jurés les fonctions qu'ils ont à remplir, et leur fera lecture de l'instruction contenue en l'article 342 du code d'instruction criminelle. Cette instruction sera en outre affichée en gros caractères dans le lieu le plus apparent de la salle d'audience.

Art. 147. Le président posera ensuite les questions dans l'ordre suivant :

1° Les questions relatives à la culpabilité sur le fait principal ;

2° Les questions relatives aux circonstances aggravantes dans l'ordre de leur gravité ;

3° Les questions relatives aux circonstances qui peuvent rendre le fait excusable, on non punissable dans les cas prévus par l'article 64 du code pénal ordinaire, et par la section 3, titre 2, livre 3 du même code;

4° Les questions relatives aux circonstances atténuantes prévues par le code pénal militaire et à celles qui sont mentionnées, soit dans le code pénal ordinaire, soit dans les arrêtés du 9 septembre 1814 et du 20 janvier 1815.

Art. 148. Aucunes questions relatives à un fait principal, autre que celui ou ceux qui sont mentionnés dans l'acte d'accusation, ne pourront être posées, et aucune condamnation ne pourra être portée sur ce nouveau fait, à peine de nullité.

Art. 149. Aucune des questions soumises au jury ne pourra être décidée contre le prévenu qu'à la majorité de cinq voix contre deux. La simple majorité suffira pour résoudre les questions posées à la décharge du prévenu.

Art. 150. Le jury votera sans quitter sa place, en séance publique et par bulletins secrets.

Art. 151. Chacune des questions posées par le président sera repétée à haute voix par le greffier, avant que le jury n'émette son vote sur cette question.

Art. 152. Le président de la cour fera remettre aux jurés des bulletins imprimés portant les mots : *Sur mon honneur et ma conscience, ma déclaration est* (d'un côté) *Oui* (de l'autre) *Non*. Il les avertira de la manière dont ils doivent procéder et émettre leur vote.

Art. 153. Le juré qui voudra répondre *oui* effacera ou rayera le mot *non*. Celui qui voudra répondre *non* rayera le mot *oui*. Il fermera ensuite son

bulletin, et le déposera dans une urne, qui lui sera présentée par le greffier de la cour.

Art. 154. Après chaque scrutin, le membre du jury le plus élevé en grade et le plus ancien du grade le dépouillera d'une manière ostensible et à haute voix. Il en proclamera de même le résultat, qui sera consigné par le greffier en marge de la question.

Art. 155. Le bulletin sur lequel les mots *oui* et *non* seraient tous les deux effacés ou rayés, ou ne le seraient ni l'un ni l'autre, sera compté comme portant une réponse favorable au prévenu.

CHAPITRE IV.

De l'arrêt et de son exécution.

Art. 156. Lorsque le prévenu aura été déclaré non coupable, le président de la cour prononcera qu'il est acquitté de l'accusation, et ordonnera qu'il soit mis en liberté, s'il n'est détenu pour autre cause.

Art. 157. Les parties présenteront immédiatement leurs observations sur les dommages et intérêts prétendus par la partie civile, et le président statuera sur ce point, après avoir entendu l'auditeur militaire. Toutefois il pourra renvoyer ce nouveau débat, auquel le jury n'est pas tenu d'assister, à une audience prochaine.

Art. 158. Les demandes en dommages-intérêts formées par le prévenu contre ses dénonciateurs ou la partie civile, seront portées aux tribunaux civils.

Art. 159. Lorsque le prévenu aura été déclaré coupable, l'auditeur militaire fera sa réquisition à la cour pour l'application de la loi. La partie civile fera la sienne pour restitution et dommages-intérêts.

Art. 160. Le président demandera au prévenu s'il n'a rien à dire pour sa défense. Le prévenu ni son conseil ne pourront plus plaider que le fait est faux, mais seulement qu'il n'est pas défendu ou qualifié délit par la loi, ou qu'il ne mérite pas la peine dont l'auditeur militaire a requis l'application, ou qu'il n'emporte pas de dommages-intérêts au profit de la partie civile, ou enfin que celle-ci élève trop haut les dommages-intérêts qui lui sont dus.

Art. 161. Le président prononcera l'absolution du prévenu, si le fait dont il est déclaré coupable n'est pas défendu par une loi pénale. Dans ce cas, le jugement ne sera mis à exécution qu'après l'expiration du délai fixé pour le pourvoi en cassation.

Art. 162. Le prévenu qui aura été acquitté, ou dont l'absolution sera devenue définitive, ne pourra plus être mis en jugement pour le même fait.

Art. 163. L'auditeur militaire pourra faire détenir la personne acquittée ou absoute, sous mandat légal, lorsque, dans le cours des débats, elle aura été inculpée sur un autre fait, soit par les pièces, soit par les dépositions des témoins.

Art. 164. Dans le cas où le prévenu aura été déclaré coupable d'un fait défendu, le président prononcera la peine établie par la loi.

Art. 165. Lorsque le prévenu aura été déclaré excusable, le président prononcera conformément au code pénal ordinaire.

Art. 166. Si le prévenu est déclaré coupable de plusieurs crimes ou délits, le président appliquera la peine portée par la loi pour le crime ou le délit le plus grave.

Art. 167. Lorsque, pendant les débats qui auront précédé

l'arrêt de condamnation, le prévenu aura été inculpé, soit par des pièces, soit par des dépositions de témoins, sur d'autres faits que ceux pour lesquels il avait été mis en jugement, si ces faits nouveaux sont susceptibles de l'application d'une peine plus grave que celle qui aura été appliquée, le président ordonnera d'office, ou sur les réquisitions de l'auditeur militaire, que le prévenu soit poursuivi, à raison de ces nouveaux faits, suivant les formes prescrites par le présent code.

Dans ce cas, il sera sursis à l'exécution de l'arrêt qui a prononcé la première condamnation, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le second procès.

Art. 168. Dans le cas d'absolution, comme dans celui d'acquittement ou de condamnation, le président statuera sur les dommages-intérêts prétendus par la partie civile, et les liquidera par un arrêt.

Art. 169. Le prévenu ou la partie civile, qui succombera, sera condamné aux frais envers l'État et envers l'autre partie.

Art. 170. Le prévenu absous, parce que le fait à sa charge ne constitue ni crime, ni délit, ni contravention, ne sera point passible des frais; mais le prévenu absous par une circonstance particulière indépendante du fait en lui-même, pourra être condamné aux frais, s'ils ont été occasionnés par sa faute.

Art. 171. Le président pourra se retirer de l'audience pour préparer ses arrêts; mais il les prononcera à haute voix, en presence du public et du prévenu, après avoir lu le texte de la loi sur lequelle ils sont fondés.

Art. 172. La minute de chaque arrêt sera signée immédiatement par le président et par le greffier, sous peine de nullité.

Art. 173. Après avoir prononcé l'arrêt de condamnation, le président avertira le prévenu de la faculté qui lui est accordée de se pourvoir en cassation, et du terme dans lequel l'exercice de cette faculté est circonscrit.

Art. 174. Lorsque le pourvoi en cassation ne pourra être exercé que dans l'intérêt de la loi, aux termes de l'art. 49 du titre de la compétence, et que la peine prononcée sera de nature à entraîner une exécution publique, le président avertira le prévenu de la faculté qui lui est donnée de se pourvoir en grâce dans le délai de vingt-quatre heures.

Dans ce cas, le jury se réunira, à l'expiration des vingt-quatre heures, sur l'avis qui lui sera donné à l'audience par le président, et délibérera à huis clos, conformément à l'art. 49 précité. Le greffier de la cour assistera à cette délibération, et en dressera procès-verbal.

Art. 175. Les deux articles qui précèdent seront exécutés sous peine de nullité.

Art. 176. Si la majorité du jury appuie la demande en grâce du condamné, cette requête sera adressée au roi par le président de la cour, avec une expédition de l'arrêt et du procès-verbal de la délibération du jury.

Art. 177. Le greffier dressera un procès-verbal de chaque séance, à l'effet de constater que les formalités prescrites ont été observées. Il y fera mention de toutes les réquisitions qui auront été faites dans le cours des débats, soit par l'auditeur militaire, soit par le prévenu et la partie civile. Ce procès-verbal sera signé par le président et par le greffier. Le défaut de procès-verbal sera puni de cent francs d'amende contre le greffier.

Art. 178. Le greffier sera responsable de la restitution des objets qui auront servi de pièces de conviction.

Art. 179. Le condamné et l'auditeur militaire pourront se pourvoir en cassation pendant toute la durée du jour qui suivra celui de l'arrêt. La partie civile aura la même faculté; mais elle ne pourra se pourvoir que quant aux dispositions relatives à ses intérêts civils.

Art. 180. La déclaration de ce pourvoi sera faite au greffe de la cour, dans les formes prescrites par les art. 417 et 418 du code d'instruction criminelle.

Art. 181. La condamnation sera exécutée dans les vingt-quatre heures qui suivront le délai mentionné à l'art. 179, s'il n'y a point de recours en cassation, ni de pourvoi en grâce appuyé par le jury; et en cas de recours en cassation ou de pourvoi en grâce appuyé, dans les vingt-quatre heures de la réception de l'arrêt de cassation ou de l'arrêté royal qui aura rejeté la demande.

Art. 182. Toutefois le ministre de la guerre ou le général commandant la division ou le corps d'armée, suivant le grade du condamné et d'après les règles établies à l'art. 71 de la présente loi, pourront ordonner qu'il soit sursis à l'exécution, sauf à en référer immédiatement au roi.

Art. 183. La condamnation sera exécutée par les ordres de l'auditeur militaire. Il aura le droit de requérir directement, à cet effet, l'assistance de la force publique.

Art. 184. Le greffier sera présent à l'exécution et dressera procès-verbal. La minute de ce procès-verbal sera annexée à la minute du jugement.

Art. 185. Dans les trois jours qui suivront l'exécution, le greffier de la cour sera tenu de faire passer un extrait de l'arrêt au chef du corps dont le condamné faisait partie. Il y joindra une mention de l'exécution.

TITRE III — PROCÉDURES PARTICULIÈRES.

CHAPITRE Ier.

De la contumace.

Art. 186. Lorsqu'après une information ou instruction faite aux termes de la loi, le prévenu n'a pu être saisi, ou lorsqu'après avoir été saisi, il s'est évadé, le président, sur la réquisition de l'auditeur militaire, rendra une ordonnance, énonçant le fait pour lequel il est mis en jugement, et portant qu'il sera tenu de se présenter devant la cour militaire dans le délai de dix jours, passé lequel il sera jugé par contumace.

Cette ordonnance sera mise à l'ordre du jour de la division, et le délai de dix jours commencera à courir de cet instant.

Art. 187. Après l'expiration du délai, il sera procédé au jugement de la contumace, sans assistance ni intervention de jurés.

Art. 188. Le prévenu ne pourra se faire représenter ou défendre par aucun conseil ou mandataire, hors les cas prévus par les art. 468 et 469 du code d'instruction criminelle, dont les dispositions seront observées par les cours militaires.

Art. 189. L'ordonnance du président, l'ordre du jour qui fait connaître cette ordonnance à la division, les rapports et procès-verbaux, les dépositions des témoins, et généralement toutes les pièces de l'instruction seront lues en entier à l'audience.

Art. 190. Après cette lecture, le président, sur les conclusion de l'auditeur militaire, prononcera sur l'accusation et statuera sur les intérêts civils.

Toutefois, si l'instruction n'est pas conforme à la loi, le président la déclarera nulle, et ordonnera qu'elle soit recommencée à partir du plus ancien acte illégal.

Art. 191. L'arrêt de condamnation sera mis à l'ordre du jour et affiché devant la porte du lieu où siége la cour militaire.

Le greffier dressera procès-verbal de cette publication.

Ces formalités tiendront lieu de l'exécution de l'arrêt par effigie.

Art. 192. La disposition de l'art. 471 du code d'instruction criminelle sera applicable dans tous les cas où le contumace aura été condamné à une peine infamante ou à la dégradation militaire, comme peine principale ou accessoire.

Art. 193. Seront, au surplus, observées les dispositions des art. 473 à 478 du code d'instruction criminelle.

CHAPITRE II.

De la reconnaissance de l'identité des individus condamnés, évadés et repris.

Art. 194. Lorsqu'un militaire ou autre individu condamné par arrêt définitif et contradictoire, se sera évadé, s'il vient à être repris, il sera traduit devant la cour militaire de la division où le corps dont il fait partie se trouvera.

Art. 195. S'il n'appartient à aucun corps, il sera traduit devant la cour militaire qui aura prononcé la condamnation; et dans le cas où cette cour aurait cessé d'exister, devant la cour militaire de la division sur le territoire de laquelle il sera arrêté.

Art. 196. La cour militaire procédera à la reconnaissance de l'identité, sans intervention ni assistance de jurés, et conformément à l'art. 519 du code d'instruction criminelle.

Art. 197. L'auditeur militaire et l'individu repris pourront se pourvoir en cassation, dans la forme et dans le délai déterminés par l'art. 373 du code d'instruction criminelle, contre l'arrêt rendu sur la poursuite en reconnaissance d'identité.

MOTIFS DU LIVRE DE LA PROCÉDURE

PROCÉDURE IMMUABLE — NOMBRE DE COURS A INSTITUER. — IMPORTANCE DE L'INSTRUCTION ORALE. — MOYENS D'ACCÉLÉRATION. — DÉLITS MILITAIRES. — CLASSIFICATION DES DÉLITS.

J'avais annoncé, lors de la publication du premier livre de cet ouvrage, que cette partie était la seule que je livrerais à l'impression. Mais depuis lors, j'ai pensé que le système dont j'ai jeté les bases dans les titres de l'organisation et de la compétence, pourrait passer pour une utopie, si je ne fournissais la preuve de la possibilité de son exécution. C'est ce qui m'a déterminé à y approprier un projet de loi de procédure, que j'ai composé rapidement, à l'aide du projet amendé par la chambre des pairs en 1829, du code d'instruction criminelle et du code de procédure pour l'armée de terre. Seulement l'intervention du jury, l'admission d'une partie civile et le recours en cassation ont nécessité quelques dispositions nouvelles, et une classification qui s'éloigne plus ou moins de celles des sources auxquelles j'ai puisé.

Quoi qu'il en soit, mon but sera atteint, si la publication de cette esquisse sert à démontrer que l'organisation de la justice militaire que j'ai proposée, est possible, et qu'elle suffit à toutes les éventualités, au temps de guerre et au temps de rassemblement, comme au temps de paix. Car le grand défaut, selon moi, de tous les projets d'organisation, c'est d'être complexes; c'est d'instituer une organisation distincte pour chaque éventualité. Il s'ensuit qu'il faut créer autant de modes de procédure qu'il y a d'éventualités possibles, procédure pour le temps de paix, procédure pour le temps de rassemblement, procédure pour le temps de guerre. Chaque fois que les événements viendront modifier la position de l'armée, il faudra donc suivre une loi nouvelle, sans antécédents, sans jurisprudence; il faudra adopter soudainement des formes inaccoutumées, et, nous l'avons déjà dit, l'étude et l'application

de cette législation improvisée seront commises à des magistrats improvisés; car tout sera neuf, les juges et la loi, les tribunaux et la procédure.

Les avantages d'une organisation immuable sont si évidents qu'ils n'ont pas besoin d'être démontrés. Toute la question est de savoir si cette organisation est possible. J'ai fait tous mes efforts pour parvenir à une solution affirmative. Si je n'ai pas réussi, j'aurai du moins la consolation d'avoir fait sentir l'importance de la question.

A la première vue, les formes de la procédure que je propose ici, doivent paraître bien compliquées pour être mises en pratique au milieu d'une armée en campagne, dans un camp, ou dans une place assiégée. Mais si l'on y regarde de près, l'on s'aperçoit bientôt que les dispositions n'ont été multipliées que pour rendre la marche plus facile et plus sûre en même temps. L'on s'aperçoit aussi que c'est au président, à l'auditeur militaire et au greffier qu'incombe tout le poids des formalités. Or, ces formalités ne présentent aucune difficulté pour des personnes habituées à la pratique des affaires. On pourrait se demander seulement si leur observation n'est pas de nature à apporter du retard dans l'administration de la justice? La réponse à cette question dépend nécessairement du nombre des cours militaires établies, comparé au nombre des causes à juger. Ici, je dois le reconnaître, il est possible que j'aie fait un calcul erroné, lorsque j'ai dit que quatre cours militaires suffiraient à la prompte expédition de toutes les affaires. En entrant dans le détail de la tenue des audiences, j'ai commencé à craindre que le temps nécessaire à l'accomplissement de toutes les formalités ne permît pas aux cours militaires de se tenir toujours au courant des causes qui se présenteraient. En effet, bien des procès tiendront une audience entière, et rarement il sera possible d'en expédier plus de deux en une audience. On peut évaluer, terme moyen, à 540 le nombre des jugements rendus chaque trimestre par tous les conseils de guerre de la Belgique. Divisés par trois mois et par quatre cours militaires, il resterait, pour chaque cour, 45 jugements par mois. Ce nombre est exorbitant, si l'on considère que chaque cour pourra difficilement siéger plus de deux jours par semaine, l'auditeur militaire, dont la présence est indispensable à l'audience,

devant appliquer une grande partie de son temps à l'instruction des affaires. Le remède à ce mal est facile à trouver. Il suffirait de donner des substituts aux auditeurs, ce qui n'occasionnerait pas une grande dépense, ou bien d'instituer sept cours au lieu de quatre, et d'en placer ainsi une dans chaque chef-lieu de province, à l'exception du Limbourg et du Luxembourg. Ce dernier moyen serait préférable peut-être, parce qu'il diminuerait considérablement les déplacements et les frais qui en résultent. Il occasionnerait, d'un autre côté, une augmentation de dépense, mais en ajoutant le montant de cette augmentation au total des frais, que j'ai indiqué dans l'introduction de cet ouvrage, on est loin encore d'atteindre le chiffre de ce que la justice militaire coûte aujourd'hui à l'État. L'augmentation serait de 42,000 fr., d'après les bases que j'ai indiquées, et cette somme jointe à celle de 56,000, total primitif, ne porterait encore qu'à 98,000 fr. le budget de la justice militaire, qui est aujourd'hui de 120,000 fr.

Toujours est-il que ce ne sont pas les formes de la procédure proposée, qui peuvent mettre obstacle à la prompte expédition des affaires. Le nombre seul des causes à juger pourrait entraîner des retards, et ce nombre peut être réduit proportionnellement par les moyens que je viens d'indiquer.

Le but de toute procédure est la découverte de la vérité. Le moyen le plus sûr d'atteindre ce but, c'est l'instruction orale faite devant un jury. Telle est la double proposition que j'ai prise pour base de mon édifice. Dès lors, il m'a été facile d'élaguer toutes les entraves attachées aux informations préalables. J'ai commencé par supprimer les officiers commissaires nommés par les commandants de place, les officiers commissaires choisis par les chefs de corps, les officiers commissaires délégués par lettres rogatoires. Tout cet embarras disparaît, sans qu'il en résulte aucun inconvénient. Lorsqu'il s'agit de *crimes* prévus par les lois ordinaires, les auditeurs militaires et les juges d'instruction sont seuls compétents pour instruire la procédure, parce que ce sont les seules personnes aptes à faire une instruction qui offre quelque difficulté. On peut également rester dans cette voie lorsqu'il s'agit de délits prévus par les lois militaires ou de délits correctionnels; mais alors c'est à l'auditeur militaire qui dirige l'instruction, à juger

de l'opportunité de cette rigueur; et il lui est libre de s'en relâcher, si elle ne lui paraît pas nécessaire.

Les dix-neuf vingtièmes des affaires portées devant les tribunaux militaires ont pour cause des délits militaires ou des délits correctionnels, et presque tous les délits de cette espèce sont d'une instruction facile. L'intervention des juges d'instruction et des auditeurs militaires, comme instructeurs, sera donc rarement obligée. Qu'arrivera-t-il dans les cas ordinaires, et comment se fera l'instruction? de la manière la plus simple et la plus prompte possible. Un procès-verbal dressé par le premier officier de police judiciaire venu, contenant les déclarations sommaires des témoins, sera la plupart du temps la seule pièce nécessaire; et si l'auditeur militaire ne la trouve pas suffisante, il fera faire un second procès-verbal de la même manière, soit par un officier de police judiciaire ordinaire, soit par un officier de police judiciaire militaire. Il sera facile d'avoir dans toutes les garnisons et dans tous les corps, des officiers formés à cette besogne, des majors de place, par exemple, des adjudants-majors, ou bien encore des officiers de gendarmerie, des intendants, etc.

Ces formes sommaires n'offrent aucun danger, puisque c'est par l'instruction orale que doit se former la conviction du jury. D'un autre côté, elles ont le mérite immense d'accélérer la marche de la justice, et d'augmenter, par la promptitude, l'efficacité de la répression. Il en résulte enfin cet avantage que, sans faire faire un cours de procédure à tous les officiers de l'armée, on peut trouver chez eux tout ce qui est exigé pour l'instruction des causes ordinaires. Quant aux affaires graves, et dont l'instruction offre des difficultés, quant aussi à la procédure devant les cours militaires, c'est à des magistrats expérimentés que la direction en est confiée.

Je ne sais si l'on peut trouver un mode de procédure plus simple, plus facile et plus prompt en même temps. Tout se rapporte à l'instruction orale. Les actes préliminaires n'ont d'autre but d'utilité que de servir de jalons à cette instruction; par conséquent, ils ne sont que ce qu'ils doivent être pour imprimer une bonne direction aux débats. Cela établi, qu'importent le temps de guerre et le temps de rassemblement? Peut-on, en temps de guerre, condamner sans entendre? Et est-il un moyen plus prompt et plus sûr d'entendre les

témoins que de recevoir leurs dépositions de leur propre bouche ? La formation du jury ne sera pas non plus une entrave ; j'ai déjà démontré que, hors certains cas extrêmement rares, le jury sera pris dans le sein de la garnison, ou au quartier général de la division. Dans toutes ces combinaisons possibles il faut un conseil de guerre, et on doit bien le prendre quelque part. Du reste, le jury ne se renouvellera que par session, et sa formation offrira, par conséquent, moins d'embarras que celle des conseils de guerre provinciaux actuels. Cela n'empêchera pas cependant qu'une affaire ne puisse être instruite et jugée au bout de deux fois vingt-quatre heures. Le tirage au sort du jury, les notifications à faire au prévenu, le jugement des excuses et des récusations, tout cela regarde le président, l'auditeur et le greffier. Les lettres de convocation seront des formules imprimées. En général, tous ces rouages qui paraissent si compliqués à la première vue, examinés attentivement et l'un après l'autre, ne présentent plus que des pièces fort simples qui se meuvent les unes par les autres.

Diminuer le nombre des causes à juger est aussi un moyen d'accélérer la marche de la justice. C'est dans ce but que nous avons fixé des limites à la mise en jugement. Aucune affaire, purement militaire (et j'expliquerai tout à l'heure ce que j'entends par ce mot), ne pourra être poursuivie, sans un ordre d'informer, émané du général commandant la division. De cette manière, beaucoup d'affaires seront terminées disciplinairement. Il est à désirer, pour que cette disposition ait quelque portée, que l'on donne aux peines disciplinaires plus d'extension qu'elles n'en ont aujourd'hui. Il est à désirer aussi que celui qui, en infligeant une punition, ne fait qu'exercer une fonction que la loi lui attribue, ne soit plus exposé à être traduit lui-même en justice, et à être puni pour s'être trompé ou pour avoir été trop sévère. On peut donner à l'inférieur des garanties de justice, sans pour cela lui conférer le droit de faire un procès au juge qui l'a puni. Quand la cour d'appel réforme un jugement du tribunal correctionnel, elle ne condamne pas les magistrats qui ont porté ce jugement.

En matière de délits communs, j'ai admis aussi certains cas où le renvoi hors de cause pourra être prononcé. Mais

comme dans les affaires de cette nature il y a toujours une partie lésée, j'ai pensé qu'il fallait environner l'exercice de cette faculté de précautions spéciales. Ainsi, c'est le président de la cour qui, seul, pourra arrêter la poursuite, et son ordonnance ne sera valide que quand elle aura été provoquée par un réquisitoire de l'auditeur militaire, et qu'elle sera conforme à ce réquisitoire. Il faudra unanimité d'opinion dans le ministère public et dans le chef de la cour. Et encore cette unanimité ne suffira-t-elle point, lorsque la partie plaignante ou la partie civile requerra la mise en jugement. Quoi qu'il en soit, ces garanties nécessaires n'empêcheront pas que beaucoup d'affaires ne soient renvoyées. Presque tous les acquittements des conseils de guerre actuels sont prononcés conformément aux conclusions du ministère public, qui est obligé de requérir jugement. S'il existait aujourd'hui un moyen de mettre hors de cause, il est un grand nombre d'affaires qui ne seraient pas portées devant les conseils de guerre.

Ainsi la diminution du nombre des causes d'un côté, et de l'autre la procédure sommaire dans la plupart des cas, assurent à l'administration de la justice militaire, malgré son apparente complication, une célérité qu'elle n'a pas eue jusqu'à ce jour, même à l'aide des conseils de guerre en campagne.

Je dois dire maintenant ce que j'entends par *délit* purement militaire; et d'abord je ferai remarquer que c'est à dessein que je me sers du mot *délit* seulement, et que jamais, dans le cours de cet ouvrage, je n'ai employé l'expression *crime*, lorsqu'il s'est agi d'infraction aux lois qui règlent la discipline. Je suis obligé de placer ici cette dissertation, qui aurait trouvé mieux sa place dans la discussion d'un projet de loi relatif à la répression : mais il est fort douteux que je m'occupe jamais de cette partie du code de justice militaire.

C'est, suivant moi, une grave erreur, que d'assimiler les actions attentatoires à la discipline et à la sûreté de l'armée, aux attentats contre les personnes et les propriétés, prévus par les lois pénales ordinaires. C'est pourtant ce qu'a fait la chambre des pairs de 1829, en divisant les uns comme les autres, en crimes et en délits. La noble chambre n'a eu en vue que de simplifier son code pénal militaire, et de se repor

ter, autant que possible, aux règles générales établies par le code pénal commun. A peine s'est-elle aperçue qu'elle créait ainsi une identité factice entre des faits essentiellement différents, et quant à leur nature et quant à leur criminalité.

En effet, quel a été le but des auteurs du code pénal de 1810, en donnant la dénomination de *crime* aux délits les plus graves? la réponse se trouve à l'art. 1er de ce code : « L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime. » Il faut lire : « d'une peine afflictive *et* infamante, *ou* d'une peine infamante seulement; » car c'est ainsi que cette définition s'explique par l'art. 6, ainsi conçu : « Les peines en matière criminelle sont ou afflictives et infamantes, ou seulement infamantes. » Toutes les peines peuvent d'ailleurs être afflictives, en matière correctionnelle comme en matière criminelle, et il est vraiment fâcheux de trouver une espèce de non sens dans la première disposition de la loi. Mais toujours est-il que l'on appelle *crime* tout ce qui est puni par la loi d'une peine infamante. Les crimes sont donc des faits infâmes aux yeux du législateur, et par conséquent aux yeux de la société, dont le législateur n'a autre chose à faire que de formuler la pensée. C'est l'assassinat, c'est le meurtre, les blessures graves faites avec préméditation, le viol, le faux, le vol accompagné de circonstances aggravantes, etc. Or, est-ce exprimer la pensée de la société que de comparer aux actes de cette espèce, ceux que les lois militaires punissent de peines aussi graves et aussi afflictives, mais dans un intérêt de convention et non dans un intérêt moral? Peut-on qualifier d'infamantes les peines, quelque graves, quelque afflictives qu'elles soient, qui s'appliquant à des faits auxquels la société n'attache aucune idée d'infamie? La seule empreinte morale que les lois militaires puissent appliquer à ceux qui les violent, c'est la déchéance. La déchéance de l'état militaire est une déclaration d'indocilité ou de lâcheté, plutôt qu'une tache d'infamie. Le militaire déchu, s'il n'a commis aucun crime puni par les lois civiles, rentre dans la société, et personne ne songe à l'assimiler au forçat libéré. Il est indigne de porter les armes pour la patrie; aux yeux des militaires, il doit être couvert de honte; mais aux yeux du commun des hommes, de ceux qui n'ont pas le sentiment de l'honneur militaire, ce n'est qu'un

malheureux qui a subi les rigueurs d'un régime exceptionnel, et qui en a été victime.

Il est vrai que, parmi les faits prévus par les lois militaires, il en est d'une nature bien différente et qui peuvent, sans iniquité, être assimilés aux crimes et aux délits communs; mais ce ne sont pas ceux que j'entends qualifier de délits purement militaires. Il existe des délits mixtes, qui sont prévus par les lois militaires, qui ne peuvent même être commis que par des militaires; mais qui participent néanmoins des délits communs, en ce que leurs semblables sont prévus et punis par la loi commune. Ces délits ne figurent dans les lois pénales militaires qu'à cause de leur spécialité, qui, ordinairement les rend punissables d'une peine plus forte dans un militaire que dans un autre citoyen. Tels sont les vols commis dans la chambrée, le quartier ou les écuries, les vols d'objets de casernement, les actes de maraudage, dévastation, pillage, les malversations, les infidélités, certains cas de trahison, l'espionnage, etc. Tous ces faits ont leurs analogues dans les lois pénales communes, et, cependant, c'est à la loi militaire à les prévoir et à les réprimer, parce que la qualité de militaire ajoute à leur gravité.

C'est l'existence de ces délits, à côté des délits militaires et dans la même loi, qui a fait entrer la chambre des pairs dans une voie fausse. Voyant qu'il était indispensable de comprendre, dans la loi militaire, des faits de même nature que ceux qui ont été prévus par la loi commune, et pensant avec raison que ces faits devaient, comme les autres, être classés en crimes et en délits, elle n'a pas songé à les distinguer des faits qui constituent les délits militaires proprement dits, et elle a adopté le même principe pour tous indistinctement. La noble chambre a, de cette manière, tourné une difficulté que, cependant, il était possible de vaincre sans un bien grand effort d'imagination. Il suffisait pour cela d'adopter une meilleure classification et une meilleure définition des délits de toute espèce. Que l'on dise en principe, par exemple :

« Les délits communs sont les actions que la loi punit également, quelle que soit la qualité de leurs auteurs;

» Les délits militaires sont les actions auxquelles la qualité de militaire peut seule donner le caractère de délit;

» Les délits mixtes sont des délits de l'ordre commun, auxquels la loi militaire donne un caractère spécial à cause de la qualité de leurs auteurs. »

Qu'après cela l'on soumette à l'application du code pénal commun toutes les actions prévues par ce code ; que l'on introduise dans le code pénal militaire une bonne classification des délits mixtes et des délits purement militaires ; que l'on renvoie chacun des délits mixtes à une disposition du code pénal commun pour l'application de la peine ; et que le code pénal militaire ne détermine de peines que pour les délits purement militaires : dès lors toutes les difficultés disparaîtront. Les délits mixtes tomberont tout naturellement dans la catégorie, soit des crimes, soit des délits de l'ordre commun, suivant la peine déterminée par la loi, et les délits militaires conserveront leur caractère spécial, sans jamais pouvoir être confondus avec les autres, sans jamais pouvoir être frappés de peines véritablement infamantes.

II.

CLASSIFICATION. — POLICE JUDICIAIRE. — DÉSERTION, PEINES ANALOGUES. — PARTIE CIVILE. — VOTE DU JURY.

J'ai adopté, comme le plus simple et le plus clair, l'ordre naturel, c'est-à-dire l'ordre des événements, en suivant le cours de la procédure depuis sa naissance jusqu'à sa péripétie. Ainsi le titre premier ne traite que des actes préliminaires ; ce sont tous les actes qui précèdent le jugement et qui servent à l'éclairer. Ils sont divisés et classés, autant que possible, en chapitres distincts.

Le chapitre 1er contient toutes les dispositions relatives à la police judiciaire, à la constatation des délits, à l'arrestation des prévenus, aux plaintes et à l'admission de la partie civile. Il fait l'énumération des officiers de police judiciaire militaire, et prévoit les cas de concurrence, soit entre ces officiers eux-mêmes, soit entre eux et les officiers de police judiciaire ordinaire. Ceci est une grande amélioration et qui depuis longtemps se faisait désirer ; car le silence de la loi actuelle est une source intarissable de conflits entre les diverses autorités. Les commandants de place surtout sont continuellement en lutte avec les chefs de l'armée active. Ces der-

niers prétendent que les troupes placées sous leurs ordres ne sont en aucun point soumises à la police judiciaire locale, et les autres ne cessent, de leur côté, de faire informer à charge des militaires de l'armée active, qui commettent des délits dans l'enceinte de leurs garnisons. Les conflits de cette espèce seront désormais impossibles, et chacun conservera une part rationnelle d'autorité. Les commandants de place, comme tous officiers de police judiciaire, pourront dresser des procès-verbaux; ils pourront même, dans certains cas, ordonner l'arrestation des prévenus; mais l'ordre d'informer ne pourra émaner que du général commandant la division, lorsqu'il s'agira de délits militaires, et dans les autres cas, ce sera à l'auditeur militaire à poursuivre d'office.

Du reste, dans les règles que j'ai établies, je n'ai eu égard aux susceptibilités de grade et de position, que pour autant qu'elles fussent compatibles avec les mesures de poursuite les plus promptes et les plus efficaces. Ces règles sont à peu près celles du projet amendé en 1829, par la chambre des pairs. J'ai tâché seulement d'en augmenter encore la lucidité, et j'ai cru qu'il n'y avait point d'inconvénient à multiplier le nombre des officiers de police judiciaire.

Les art. 64 et suivants du même chapitre déterminent les formes à suivre pour constater la désertion, soit des miliciens, soit des remplaçants ou des volontaires. Ces formes varient suivant la position du prévenu, suivant aussi que le prévenu est ou n'est pas immatriculé. Dans tous les cas, il faut des procès-verbaux, des actes authentiques, et l'intervention du chef du corps lui-même, au lieu de celle du commandant de la compagnie. Cette précaution m'a paru nécessaire pour faire cesser des irrégularités qui se reproduisent trop souvent. Il arrive fréquemment aujourd'hui que, dans les plaintes des commandants de compagnie, le fait de la désertion est postdaté, de sorte que parfois il semble résulter du procès-verbal d'arrestation, dressé à plusieurs lieues de distance du point de départ, que le prévenu a été arrêté la veille ou l'avant-veille du jour de sa désertion.

Ces dispositions, du reste, supposent le maintien de la législation actuelle en matière de désertion. C'est en effet la meilleure partie de notre législation pénale militaire. C'est la seule peut-être que nous puissions montrer, comme

exemple à l'étranger, dont sous tant d'autres rapports nous sommes forcés de nous faire les imitateurs. Pour le volontaire l'obligation de recommencer son terme de service, et pour le milicien la perte des avantages attachés à sa position, et l'obligation de servir, comme s'il était volontaire, pendant un nombre d'années déterminé, ce sont des peines parfaitement analogues au délit auquel elles s'appliquent. Qu'y a-t-il de mieux, pour ôter l'envie de se soustraire au service militaire, que la perspective d'un service plus long et plus rude? Certes, ce n'est pas l'emprisonnement, sous quelque dénomination qu'on le déguise. L'emprisonnement, dans notre pays, et je comprends sous cette qualification générique les travaux forcés, la réclusion, la brouette, etc.; l'emprisonnement, dis-je, tel qu'il est organisé en Belgique, est la plaie de l'armée, sinon la plaie de la société entière. Non-seulement ce n'est pas une peine pour la plupart de ceux qui s'y font condamner, mais c'est un refuge envié par un grand nombre d'hommes, trop paresseux, trop lâches pour accomplir les devoirs de la vie de soldat.

Ce chapitre se termine enfin par quelques dispositions relatives à l'admission de la partie civile. J'ai déjà indiqué les avantages qui doivent résulter de cette innovation. Par une sorte de dérogation au but de leur institution, tous les tribunaux répressifs ont été autorisés à recevoir une partie civile dans les procès criminels ou correctionnels. Il n'est pas jusqu'aux cours spéciales qui n'aient joui de cette faculté. C'est qu'il ne suffit pas de réprimer le crime; le devoir du législateur est de réparer, autant que possible, le mal qui en est résulté. Les tribunaux militaires seuls ont été privés jusqu'à ce jour de la faculté de concourir à cette réparation; seuls ils ont conservé leur caractère exclusif de tribunaux de répression. Il n'en faut point douter, ce défaut de confiance de la part du législateur a toujours été, pour les tribunaux militaires, une cause de déconsidération. Bien que l'action civile soit indépendante de l'action publique, il n'en est pas moins vrai que l'on est porté à mal juger d'un tribunal devant lequel il n'est pas permis à la partie lésée de venir joindre sa voix à celle du ministère public.

Le chapitre 2e est intitulé *de l'instruction*. La citation des temoins, les commissions rogatoires, les mandats de compa-

rution, d'amener et de dépôt forment l'objet principal de ce chapitre. Si l'instruction fait découvrir des complices non-militaires et non justiciables des cours militaires, c'est au président à statuer, par une ordonnance, sur le renvoi de la cause à un autre jury.

Dans le chapitre 3e il est traité *de la mise en jugement et du tirage au sort du jury*. Ces deux sujets sont tellement connexes qu'ils sont en quelque sorte inséparables. En effet, soit que l'auditeur militaire ou la partie civile requière la mise en jugement, soit que le président l'ordonne, contrairement à l'avis de l'auditeur, le tirage au sort du jury est une conséquence immédiate; et dans la même séance où s'est fait le tirage au sort, le président fixe le rôle des affaires à juger et l'époque de leur jugement.

La convocation du jury et les excuses et récusations sont l'objet du chapitre 4e. Le chapitre 5e ne contient qu'un petit nombre de dispositions relatives à *la formation du jury*, laquelle se fait immédiatement avant l'ouverture de l'audience.

Tel est en peu de mots le résumé des opérations préliminaires réglées par le titre premier du projet. Le titre 2e porte le titre peut-être trop exclusif de *jugement*. Cette classification, nous le sentons fort bien, est très-imparfaite. Nous aurions voulu pouvoir diviser la procédure en deux titres plus tranchés *la police* et *la justice*. Mais le temps nous a manqué, et, nous ne saurions trop le répéter, cette partie de notre travail ne peut être considérée que comme une esquisse qui a besoin d'être dégrossie et polie.

Le titre 2e est divisé en quatre chapitres, qui ont pour objet *la police de l'audience, l'examen et les débats, le vote du jury, l'arrêt et son exécution*.

La police de l'audience, l'examen et les débats sont réglés par des dispositions à peu près semblables à celles du code d'instruction criminelle. Le vote du jury présente seul une innovation radicale, innovation que je n'avais fait qu'indiquer dans l'exposé des motifs du titre de l'organisation. Le scrutin secret et l'absence de toute délibération me paraissent être les moyens les plus propres à soustraire les jurés à toute influence étrangère. Les délibérations du jury ne sont la plupart du temps qu'une fausse répétition des débats. Il s'y

trouve ordinairement quelqu'un de ces hommes que la nature a créés pour être avocats, mais auxquels il manque cette rectitude de jugement qui ne peut être que le fruit d'une éducation complète. Leur caractère les porte à refaire toutes les plaidoiries, et leur défaut de jugement ou même leur manque de mémoire les entraîne dans des erreurs qui, se mêlant avec le souvenir des débats qui ont eu lieu à l'audience, finissent par jeter l'esprit des jurés dans un chaos inextricable. Mais lors même que ce danger n'existerait pas, et en admettant que, dans la délibération du jury, le parleur soit toujours un guide éclairé, son influence n'en serait pas moins contraire à l'esprit de l'institution, qui veut que le verdict soit le résultat de la conviction personnelle de chaque juré. C'est par la même raison que les meilleurs écrivains repoussent aujourd'hui le résumé du président. Ce résumé offre au président l'occasion de faire connaître son opinion personnelle, et souvent même il le fait malgré lui. Or, cette opinion une fois connue, il n'est plus vrai de dire que les jurés soient à l'abri de toute influence.

Le titre III est relatif à quelques procédures particulières. Il ne contient que deux chapitres qui traitent *de la contumace* et *des condamnés fugitifs*.

La plupart des dispositions qui composent ce projet de procédure, existant déjà dans la législation actuelle, n'ont pas besoin d'être expliquées, et quant aux principes généraux, nous en avons exposé les motifs en publiant les titres de l'*Organisation* et de la *Compétence*.

QUEL EST LE VRAI SENS

DE L'ART. 1099 DU CODE CIVIL?

Il est peu de matières qui aient donné lieu à plus de questions et à des questions plus épineuses, que celle des institutions contractuelles et des donations entre époux, dont traitent les derniers chapitres du livre 3, titre 2 du Code civil ; mais de ces difficultés si nombreuses, la plus importante peut-être, et celle qui mérite plus particulièrement de fixer l'attention du jurisconsulte, naît de la disposition de l'art. 1099.

Cet article porte : « Les époux ne pourront se donner indi-
» rectement au delà de ce qui leur est permis par les dispo-
» sitions ci dessus.

» Toute donation ou deguisée ou faite à des personnes
» interposées, sera nulle. »

Suit-il des termes de cette disposition qu'il y a une distinction à faire entre les donations indirectes et les donations deguisées ou faites à personnes interposées? que les premières sont seulement réductibles tandis que les secondes sont frappées d'une nullité absolue?

Ou bien la seconde partie de l'article n'est-elle que la sanction et la conséquence de la première? En d'autres termes, les donations déguisées ou faites à personnes interposées ne sont-elles nulles qu'en tant qu'elles contiennent ou sont censées contenir un avantage indirect, excédant la quotité disponible ?

La première interprétation a pour elle l'autorité de Toullier, Delvincourt et Grenier, et est consacrée par la jurispru-

dence de la cour de cassation de France. (Arrêt du 29 mai 1838. Sirey, 1838. 1. 489.)

Cependant quelque graves que soient ces autorités, elles ne doivent pas nous commander une déférence aveugle.

Les auteurs, qui les premiers ont examiné la question, ne se sont-ils pas trop étroitement attachés au sens littéral du texte, et d'ailleurs la distinction admise par la cour de cassation, n'est-elle pas plus subtile que solide?

C'est ce que nous allons rechercher.

Et pour procéder avec ordre, voyons d'abord quelle était sur ce point la doctrine ancienne; demandons-nous ensuite si les auteurs du Code ont eu en vue d'innover, et enfin si cette innovation est clairement écrite dans notre texte.

Il est à remarquer que le droit romain proscrivait les donations faites entre époux durant le mariage.

C'est sous l'influence de ce principe que furent rendues les décisions que nous trouvons à la loi 38 *D. De contr. empt.* et à la loi 5, § 5. *D. De don. inter vir. et ux.* (D. lib. 18, tit. 1 et lib. 24, tit. 1), dont la première doit nécessairement s'expliquer par la seconde.

On suppose une vente consentie par l'un des époux au profit de l'autre, de laquelle il résulte un avantage pour l'acheteur, et on se demande quel doit être le sort d'une telle convention?

Le jurisconsulte Ulpien, auteur des deux lois, répond en se prévalant de l'autorité de Nératius et de Pomponius, que si la vente n'est pas réelle, si, en effet, les époux n'ont eu l'intention de faire qu'une donation, sous le masque d'une vente, l'acte est nul pour le tout; que si au contraire ils ont entendu consentir une véritable vente, mais seulement faire remise d'une partie du prix, la vente doit être maintenue, et que l'acheteur n'est tenu qu'à bonifier ce dont il s'est enrichi aux dépens du conjoint.

Je ne vois pas quelle peut être l'application de ces lois à la difficulté qui nous occupe; les donations entre époux étant nulles pour le tout, la question de réduction ne pouvait pas même se présenter. Seulement nous y voyons une application du principe *utile per inutile non vitiatur*. Le mélange de la donation prohibée ne vicie pas la partie licite de la stipulation, ne fait point obstacle à la validité de la vente.

Or, c'est sur ce même principe que repose, en dernière analyse, le système que nous allons développer.

Nous avons cru devoir nous arrêter un instant aux deux lois romaines que nous venons de citer, parce que M. l'avocat général De Tarbé a cru découvrir dans l'une d'elles un puissant argument en faveur de la doctrine accueillie par la cour suprême, mais ces lois s'expliquent naturellement par une distinction toute différente de celle dont ce savant magistrat a cru y découvrir le germe.

La loi romaine qui nous semble pouvoir être ici invoquée avec fondement et dont le cas est identique à l'espèce de notre question, est la loi *Hâc edictali* au code *De secundis nuptiis*. Loi 6, C. liv. 5, tit. 9.

Après avoir défendu de donner soit par contrat de mariage, soit par testament ou autrement, au second époux plus qu'une part d'enfant, le moins prenant, le législateur ajoute : *Sin vero plus quam statutum est, aliquid novercæ, vel vitrico relictum, vel donatum aut datum fuerit*, id quod plus relictum, *vel donatum aut datum fuerit, tanquam non scriptum, ad personas deferri liberorum et inter eas dividi jubemus: omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocumque modo, fuerit excogitata, cessante.*

Ce texte me paraît aussi clair que décisif. En tout cas, c'est la simple réduction et non la nullité qu'il prononce. On n'y voit pas de distinction entre les donations indirectes et les donations déguisées, tout moyen détourné, quel qu'il soit, employé pour éluder la loi, doit demeurer sans effet, et toujours l'époux donataire doit être réduit à la part d'enfant le moins prenant.

Ce texte de la loi romaine est donc loin de prêter son appui à la doctrine de la cour de cassation.

Mais peut-être ces principes se sont-ils modifiés dans les ordonnances et les coutumes?

Nullement, l'édit des secondes noces, rendu par François II à Fontainebleau, au mois de juillet 1560, consacre les mêmes règles que la loi romaine.

Après avoir rappelé les abus qui résultent de la prodigalité des époux binubes, l'édit ajoute : « A quoi les anciens em-
» pereurs, zélateurs de la police, repos et tranquillité de leurs
» sujets, ont voulu pourvoir par plusieurs bonnes lois et con-

» stitutions, sur ce par eux faites; et nous par la même
» considération entendant l'infirmité du sexe, avons loué et
» confirmé icelles lois et constitutions, et en ce faisant avons dit,
» déclaré, statué et ordonné, disons, déclarons, statuons et
» ordonnons, que femmes vefves, ayant enfants ou enfants de
» leurs enfants, si elles passent à nouvelles nopces, ne peuvent
» et ne pourront en quelque façon que ce soit donner de leurs
» biens, meubles acquêts ou propres à leurs nouveaux ma-
» ris, père, mère ou enfants desdits maris ou autres per-
» sonnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude in-
» terposées, plus qu'à l'un de leurs enfants ou enfants de leurs
» enfants; et s'il se trouve division inégale faite entre leurs
» enfants ou enfants de leurs enfants, les donations par elles
» faites à leurs nouveaux maris, SERONT RÉDUITES à raison de
» celui des enfants qui en aura le moins. »

De ces termes résultent plusieurs conséquences également importantes à constater; l'auteur de l'édit donnait évidemment à la loi *Hâc edictali*, le même sens que nous y attachons, le seul d'ailleurs que comporte l'expression du législateur romain.

L'édit ne présente aucune trace de distinction entre les donations indirectes et les donations déguisées; et il déclare que les veuves ne peuvent donner, soit à leurs seconds maris soit aux personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées, plus qu'à l'un de leurs enfants; d'où il s'ensuit que les personnes censées frauduleusement interposées pouvaient recevoir une part d'enfant, et qu'en cas d'avantage plus grand, la disposition était seulement réductible à ce taux.

Voilà donc encore une fois le principe de la simple réductibilité, consacré par l'ancienne loi française.

Mais les commentateurs qui ont expliqué le droit romain en tenant compte des modifications introduites par les coutumes, n'ont pas entendu la loi *Hâc edictali* autrement que l'ordonnance de 1560. Voici comment s'exprime Voet : (ad Pandectas, lib. 2, tit. 2, n° 117.) « Scilicet, non aliter liberalitatem, *quæ filialem excedit portionem*, a noverca
» prioris thori liberos habente, in privignum similesque per-
» sonas collatam, irritam habendam esse, quam si probari
» aut saltem apertissimis ex indiciis præsumi possit, solum

» privigni ministerium intervenisse ad id, ut ad patrem ejus
» a noverca pervenirent ea quæ supra modum donata sunt
» adeoque per interpositam privigni personam, re ipsâ,
» fraudem legi factam esse. »

Ainsi, d'après Voet, l'interposition des personnes, employée dans le but évident de frauder la loi, n'entraîne pas la nullité absolue de la libéralité, mais seulement celle-ci est sans effet, *irritam*, en tant qu'elle excède la part filiale, *quæ filialem excedit portionem*.

Si au premier abord, la doctrine professée par Pothier au n° 78 de son Traité des donations entre mari et femme, semble favorable au système de la nullité absolue, c'est qu'on perd de vue que ce grand jurisconsulte ne s'y occupe nullement du cas prévu par la loi *Hâc edictali*, mais qu'il a en vue des donations faites entre époux durant le mariage, donations qui, d'après l'ancien droit romain, étaient frappées de nullité absolue. Pothier y commente spécialement la loi 5 D. *de Donat. inter vir. et ux.* sur laquelle nous nous sommes déjà expliqué.

Mais ce qui est certain, c'est que la distinction entre les avantages indirects et les avantages déguisés ou faits par personnes interposées, inventée par la jurisprudence moderne, était complètement inconnue de Pothier ; que dans le langage de ce savant magistrat, l'avantage indirect comprend et la donation déguisée et celle faite par interposition de personnes ; que le premier est le genre, tandis que les autres forment les espèces, et qu'ainsi toute donation simulée ou frauduleusement déguisée, était aux yeux de Pothier une donation indirecte.

Pour se convaincre de l'exactitude de notre assertion, il suffit de parcourir le chapitre 8 du traité que nous venons de citer.

Si donc le code admet réellement la distinction dont il s'agit, s'il prononce la nullité absolue au lieu de la simple réduction, il sera vrai de dire qu'il a consacré une innovation, et une innovation d'une haute importance ; il sera vrai de dire qu'il a rompu avec le passé, qu'il a répudié et les principes du droit romain et ceux de l'ordonnance de 1560, et le langage en général si exact de Pothier.

Mais si tel a été le vœu des auteurs du code, si, relative-

ment à l'époux, ils ont voulu frapper d'une incapacité complète les enfants du conjoint ou les parents dont ce dernier est l'héritier présomptif, ce changement aura sans doute attiré l'attention du conseil d'État et du tribunat. Son utilité, son opportunité y auront été discutées, et les procès-verbaux nous en révéleront les motifs.

Qu'on se détrompe ; ni dans la discussion du conseil d'État des 27 ventôse et 3 germinal an XI, ni dans celle de la section de législation du tribunat du 10 germinal, rien ne fut dit qui révélât que l'un ou l'autre de ces corps soupçonnât une innovation dans le projet de disposition qui, après avoir subi un changement de rédaction sans importance, était destiné à devenir l'art. 1099 du code civil.

Dans l'exposé des motifs, présenté au corps législatif, le 2 floréal, par le conseiller d'État Bigot-Préameneu, même silence. Dans la séance du 9 du même mois de floréal, M. Jaubert disait au tribunat, après avoir rappelé les prohibitions contenues au chap. IX des donations et testaments : « La simu-
» lation des actes et l'interposition des personnes seraient de
» vains subterfuges.—Seront réputées faites à personnes inter-
» posées . . . . . . etc. Dans ce cas, la donation sera nulle par
» l'effet de la présomption légale seule, sans que néanmoins
» les autres preuves de l'interposition soient exclues, à l'égard
» de ceux qui ne sont pas nominativement désignés. »

On voit d'abord dans ce passage que l'orateur ne s'occupe pas de donations indirectes, qu'il ne parle que de la simulation des actes et de l'interposition des personnes, ce qui fait penser qu'aux yeux de M. Jaubert les donations simulées ou faites à personnes interposées étaient les avantages indirects dont s'occupait le projet ; s'il y avait eu une distinction à faire, si, dans sa pensée, les donations indirectes eussent formé une classe à part, sans doute il en eût dit un mot.

Ensuite il ajoute : La simulation des actes et l'interposition des personnes seraient de vains subterfuges.

Qu'est-ce à dire, si ce n'est qu'une donation excessive, qu'une donation de la quotité non disponible ne pourra se soutenir, quoique dissimulée, que la simulation sera vaine, c'est-à-dire sans effet, et que la réduction devra être opérée tout comme s'il s'agissait d'un avantage direct.

Si plus loin l'orateur ajoute : Dans ce cas, la donation sera

nulle, certes le mot donation, rapproché de ce qui précède, ne peut signifier ici autre chose que la donation excessive, la donation en tant qu'elle porte sur la quotité non disponible.

De quelle manière ces paroles furent-elles comprises par le Tribunat, de quelle manière ce corps entendit-il le projet lui-même?

Nul autre sans doute ne peut mieux nous l'apprendre que l'organe officiel du Tribunat, M. Favard, dans son discours au corps législatif dans la séance du 13 floréal an XI.

« Il fallait, dit M. Favard, prévenir les donations indi-« rectes entre époux par personnes interposées, de la portion « de biens qu'ils ne peuvent se donner : le projet de loi les « défend ; et le dernier article spécifie, aussi clairement qu'il « est possible, les cas dans lesquels les donations seront répu-« tées faites à des personnes interposées. »

Certes, il était impossible d'être plus clair que ne l'est ici M. Favard. Quelles sont les donations indirectes qu'il fallait prévenir et que défend la loi? *celles par personnes interposées, de la portion de biens que les époux ne peuvent pas se donner.*

Ainsi, les donations faites à personnes interposées sont des donations indirectes et sont simplement sujettes à réduction.

Telle est la pensée de M. Jaubert, telle est celle du Tribunat, et cette pensée, non contredite par l'orateur du conseil d'État, explique à la fois celle de ce conseil et celle qu'a eue le corps législatif en votant la loi.

C'est donc bien ici le commentaire le plus clair et le plus respectable qu'on puisse trouver de l'art. 1099.

Que s'il en fallait davantage, on pourrait encore citer l'opinion de M. Malleville, membre du conseil d'État, qui, dans son analyse de la discussion du code civil, fait clairement entendre que, dans les art. 1098, 1099 et 1100, les rédacteurs de la loi nouvelle n'ont eu d'autre guide que la loi romaine et l'édit de 1560.

Nous savons qu'on pourrait nous opposer l'opinion de M. Grenier (Traité des don., t. 2, p. 690) qui concourut aussi à la confection de la loi; mais cette opinion émise sans discussion, longtemps après la rédaction de la loi, nous semble s'effacer en présence des paroles si précises, et d'ailleurs officielles de M. Favard de Langlade.

Après avoir cherché à découvrir l'intention du législateur, après nous être convaincus que son but n'a pas été d'innover, occupons-nous un instant du texte même de la loi ; voyons si ce texte est inconciliable avec sa pensée d'ailleurs manifeste.

Nous convenons que s'il était permis d'isoler complétement l'art. 1099, on pourrait peut-être voir, dans les deux paragraphes de cet article, une double disposition, quoique dans cette hypothèse encore, on pût également ne voir dans le 1er §, que l'énonciation d'un principe dont le second est à la fois l'explication et la conséquence.

Cette interprétation ne serait pas repoussée par les règles de la saine logique; et qu'on ne dise pas que dans ce système la seconde partie de l'article serait une redondance, serait sans objet; car jamais le législateur ne s'est interdit de déduire lui-même les conséquences des principes qu'il pose, afin d'en assurer l'exacte application, et le second § est loin, ce nous semble, d'être inutile si l'on y voit non-seulement la sanction du premier, mais surtout la définition de la donation indirecte, définition qu'on peut considérer comme puisée dans Pothier, que les auteurs du code ont souvent pris pour guide dans leur rédaction.

Mais l'entente de notre texte me paraît devenir bien plus facile encore quand on le rapproche de quelques autres dispositions du code et surtout de l'art. 911.

La cour de cassation elle-même reconnaît que la distinction qu'elle admet est spéciale à notre article, et que le législateur s'est montré plus sévère en cette matière qu'en toute autre.

L'art. 911 porte : « Toute disposition au profit d'un inca-» pable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un » contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes » interposées. » Dans le chap. 2, où cet article trouve sa place, le législateur avait déclaré que les enfants ne pourront, par donations entre-vifs, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions.

Qu'en dépit de cette dernière disposition, le père laisse à son enfant naturel, par un acte déguisé, une portion plus grande que celle que lui accorde la loi, pourrait-on, dans ce cas, s'armant de l'art. 911, prétendre qu'une telle disposition serait nulle pour le tout?

Certes non ; on n'appliquera la nullité qu'à concurrence de l'incapacité ; procéder autrement, ce serait montrer une sévérité excessive, que la cour de cassation, aux termes de son arrêt du 29 mai 1838, paraîtrait elle-même peu disposée à sanctionner.

Mais la nullité n'est-elle pas tout aussi formellement, tout aussi impérativement prononcée à l'art. 911 qu'à l'art. 1099; et pourquoi donc, alors que les termes sont équipollents, repousse-t-on, dans le cas de ce dernier article, une interprétation qu'on admet, pour le premier, comme conforme aux vrais principes, comme fondée sur la raison et sur l'équité ?

Si, à l'art. 1099, le législateur avait entendu se montrer plus sévère, s'il avait voulu anéantir pour la totalité toute donation déguisée, s'il n'avait pas entendu que la nullité se renfermât dans les termes de l'incapacité, il s'en serait certes expliqué de manière à ne laisser aucun doute. Il eût dit, par exemple : *En tout cas, la donation, ou déguisée ou faite à personnes interposées, sera entièrement nulle.* Il eût usé alors d'une précaution semblable à celle qu'il a eue en rédigeant l'art. 896.

Là, il ne s'est pas contenté de dire : Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, mais il a eu soin d'ajouter, afin de prévenir toute discussion, *même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire.*

D'un autre côté, j'avoue que je suis loin de saisir parfaitement la différence qu'on prétend exister entre les cas des articles 1527, 1595 et le 2e § de notre article, toutes ces dispositions me semblent bien plutôt n'être que l'expression du même principe.

Les dispositions des art. 1527, 1595 sont générales; elles n'admettent en tout cas que la simple réduction, et cependant une clause de communauté, une cession faite en remploi ne peuvent-elles pas aussi recéler une donation déguisée et renfermer une fraude à la loi?

Pourquoi l'avantage indirect, ou si l'on veut, la donation déguisée serait-elle dans ce cas traitée plus favorablement que l'interposition des personnes, qui est, sans conterdit, le moyen d'éluder la loi, le plus facile à découvrir et à constater ?

Disons-le, la rigueur dont on prétend que le législateur se serait armé pour ce dernier cas, serait vraiment excessive

Pour nous, il nous suffirait de rapprocher l'art. 1100 de l'art. 1099, pour nous convaincre, qu'il faut donner à ce dernier un autre sens que celui que la cour de cassation de France lui attribue.

Sans doute, c'est déjà une disposition rigoureuse que celle qui attache, aux donations faites aux enfants du conjoint ou aux parents dont il est l'héritier, une présomption de fraude *juris et de jure*.

Il est bien rigoureux d'étendre, à ces personnes, l'incapacité dont est frappé le conjoint lui-même; mais combien cette sévérité serait-elle encore plus grande et quel nom faudrait-il lui donner, si le législateur, en permettant d'avantager dans certaines limites le conjoint lui même, eût declaré ses enfants et ses parents absolument incapables de rien recevoir, par le seul motif qu'une telle disposition peut dans certains cas masquer une libéralité excessive? Ainsi, alors que je pourrais donner le quart de mes biens à mon conjoint, je ne pourrais absolument rien donner à son enfant ni à son père! La présomption aurait plus de force que la réalité!

L'incapacité de l'époux ne serait que partielle, celle de la personne présumée interposée serait complète!

Le législateur use en général d'une grande réserve quand il s'agit d'établir, soit des incapacités, soit des pénalités, et le jurisconsulte ne doit en prononcer que quand la loi lui en fait une impérieuse nécessité. Et l'on voudrait que dans le cas qui nous occupe, le législateur en fût, sans raison, devenu prodigue outre mesure, et que le juge les appliquât d'après un texte de loi, au moins susceptible d'une double entente, qui peut s'interpréter dans le sens de la capacité aussi bien que dans celui de l'incapacité; d'un texte qui est loin de prononcer celle-ci d'une manière claire et précise, et qui, si l'on tient compte des antécédents et des intentions du législateur, doit sans contredit s'expliquer de toute autre manière!

Un tel système est trop exorbitant des vrais principes, il est d'une sévérité trop révoltante, pour que je puisse l'admettre, quelles que soient les autorités qui lui prêtent leur appui.

Stas,

Conseiller à la cour d'appel de Liége.

HISTOIRE ET LÉGISLATION.

—

INTRODUCTION A L'HISTOIRE UNIVERSELLE

HISTOIRE DES CLASSES OUVRIÈRES ET DES CLASSES BOURGEOISES (1),

par M. A. Granier de Cassagnac (2)

Il n'y a guère, en thèse générale et absolue, que trois manières d'écrire l'histoire. La première, qui est celle des chronologues et des nomenclateurs, consiste à relater sous forme de bulletin, de gazette ou de procès-verbal, avec plus ou moins d'étendue et d'exactitude, les noms d'empereurs, de rois ou de capitaines, les prises de villes, les passages de rivières, les dates et les batailles. La seconde, qui est celle des philosophes et des idéologues, consiste à soumettre les faits au critérium des certaines théories philosophiques ou religieuses préconçues, et à tirer des conclusions violentes de cette même masse de faits, au lieu de laisser les conclusions s'arrêter, se déduire et se formuler d'elles-mêmes. La première manière, pour tomber seulement dans l'exemple, est celle d'Hérodote, de Plutarque, de Varron, d'Eusèbe, de Tite-Live, de Froissard, de Mézeray et du président Henault. La seconde a donné la famille philosophique et religieuse qui

(1) Hauman et Ce Bruxelles

(2) Cet article est publié par un jeune écrivain, capable de comprendre et de reproduire fidèlement les idées que renferme le livre de M. Granier de Cassagnac. M. Granier de Cassagnac ne s'est pas mis peut-être assez en garde contre des appréciations hasardées, contre une soif d'innovations, qui dégénèrent quelquefois en de brillants paradoxes; trop souvent il se laisse prendre à la lueur trompeuse d'un mot, d'une étymologie, d'un rapprochement, et bâtit un système sur ces bases fragiles, en pressurant des faits vrais, mais restreints, jusqu'à leur faire produire d'immenses conséquences, et leur crée une portée qu'ils ne possèdent pas. Mais pour critiquer un livre aussi plein, aussi substantiel que l'*Histoire des classes ouvrières*, il faudrait un ouvrage, et nous devons nous borner à donner une idée exacte de ce travail. L'auteur de l'article partageant entièrement la manière de voir de l'auteur du livre, ce compte rendu aura l'avantage d'une fidélité parfaite, et cela importe le plus quand il s'agit d'une œuvre d'un mérite aussi réel.

commence au Grec Evhémère et qui aboutit à M. de Sismondi, en passant par Bossuet, Vico, Herder, Hume, Robertson, Gibbon, Voltaire et Mably. La troisième manière, qui appartient exclusivement à la jeune école historique de ce temps-ci, ne date que du dix-neuvième siècle et compte pour chef M. Guizot.

Il s'est en effet produit, il y a quelques années, un immense mouvement historique dont M. Guizot a eu l'initiative. Laissant de côté les procédés antérieurs et appréciant à leur juste valeur, sans passion, sans haine et sans jalousie, tous les historiens de l'antiquité et du monde moderne, cette jeune école a compris l'inanité des chronologies et des nomenclatures, et jugé les erreurs pleines d'enseignement de l'idéologie. Sans condamner exclusivement et brutalement les méthodes précédentes, elle n'a pas cru devoir soumettre à l'avance ses investigations, patientes, calmes et désintéressées, au joug de l'algèbre ou de l'ontologie, et, tout en conservant pour les travaux de ceux qui l'ont précédée le respect qui convient, elle s'est frayé une voie nouvelle, elle s'est mise à fouiller avec amour tous les faits, toutes les origines, toutes les institutions, elle s'est occupée à les chercher, à les constater et à les classer. Elle a négligé à dessein les noms propres pour les choses, les hommes pour les faits. Elle a employé sa patience et son érudition à fonder les racines de la science la plus profonde. Elle a été prendre la physionomie des époques partout et dans tout, dans l'architecture, dans le blason, dans les costumes, dans les notes diplomatiques, dans les correspondances intimes, dans les mémoires, les chansons et les pamphlets du temps, dans les registres des corporations, dans les chartes et dans les manuscrits, et faisant, comme on dit, de l'histoire pour de l'histoire, elle est allée chercher, là seulement où elle se trouve, l'explication réelle de la destinée des peuples. Cette notable école compte de nombreux travailleurs, lesquels, d'accord sur l'esprit général de leurs investigations, les poursuivent cependant en sens divers et de différentes façon. Quel que soit le jugement qu'on puisse porter sur ces consciencieux et sévères travaux, il y a un fait certain, c'est qu'il doit en résulter pour la science un profit réel.

M. Granier de Cassagnac, connu depuis longtemps, comme

publiciste et comme écrivain, est un de ceux qui se sont jetés avec le plus d'ardeur, et il faut le dire pour être juste, avec le plus de talent, sur la brèche ouverte par M. Guizot. M. Granier de Cassagnac est le véritable représentant de ce sentiment de critique historique élevée, austère et profonde dont M. Guizot est un si remarquable modèle. Il n'est pas douteux que les deux autres disciples de l'illustre auteur de *l'Essai*, M. *Michelet* et M. *Augustin Thierry*, sont préoccupés à leur insu, celui-là des idées abstraites et mystiques de Vico, celui-ci de la philosophie démocratique de M. de Sismondi.

Le livre que vient de publier M. Granier de Cassagnac, intitulé : *Histoire des classes ouvrières et des classes bourgeoises*, a pour premier titre : *Introduction à l'histoire universelle*. Pourquoi ce premier titre?

Tous les bons esprits sont absolument convaincus de cette vérité, qu'il ne peut exister d'histoire partielle d'un peuple ou d'une époque, abstraction faite de ce qui a précédé ou suivi ce peuple ou cette époque. Une histoire du seizième siècle, par exemple, quelle que soit la grandeur et la substance de la matière, serait à notre sens un travail stérile et non avenu. Vous aurez à nous dire les guerres d'Italie; eh bien! ces guerres qui ne sont pas encore à leur fin, ont pour cause des événements de succession antérieurs au seizième siècle, et qu'il vous est impossible de taire, à moins d'être peu précis, inintelligible ou absurde. Vous voulez rester dans un cadre circonscrit, les événements en sortent malgré vous. M. Victor Hugo, cette intelligence souveraine, disait, fort jeune encore, en traitant une question historique; « écrire l'histoire d'une » seule nation, c'est faire une œuvre incomplète, sans tenants » et sans aboutissants, et par conséquent une œuvre man- » quée et difforme *Il ne peut y avoir de bonnes histoires lo-* » *cales, que dans les compartiments bien proportionnés d'une* » *histoire générale* » Ceci est une vérité profonde et qui est vraie de plus d'une sorte. Tous les bons esprits, au reste, l'ont comprise, comme nous le disions plus haut, et le mouvement historique du commencement de ce siècle n'est pas autre chose qu'un immense élan donné en tous sens vers ce but élevé. Voilà pourquoi M. Granier de Cassagnac a dit : *Introduction à l'histoire universelle*. Selon lui, le dernier mot de la vie des peuples comprend un grand nombre de lettres

qu'il faut tracer patiemment. L'histoire n'est qu'un composé multiple d'une foule de faits de toute nature, qu'il faut élucider l'un aprés l'autre; et quand toutes les difficultés spéciales que renferme chacun de ces ordres de faits seront resolues, il ne faudra pas s'inquiéter pour savoir qui écrira l'histoire génerale; elle sera écrite.

C'est ainsi que M. Granier de Cassagnac a pris á sa naissance ce fait historique et social, *les classes ouvrières* et *les classes bourgeoises*; qu'il l'a suivi dans chacune de ses phases; qu'il en a éclairé tous les côtés obscurs, et qu'il l'a conduit enfin, á travers le temps et l'espace, jusqu'à son dernier terme, qui touche à notre siécle.

Ce livre est donc la première pierre d'un édifice qui pourra être le plus glorieux travail historique de ce temps-ci, edifice gigantesque et merveilleux. Il est certain même que l'histoire universelle n'était possible que pour notre epoque. L'humanité, en effet, a dû attendre six mille ans pour pouvoir jeter un coup d'œil profond sur l'ensemble de sa vie et pour arriver à une synthèse précise, sûre et complete de ses destinees passées. Il ne faut certainement pas garder rancune à l'un des hommes éminents de l'antiquité latine, d'avoir dit que le triple pouvoir du peuple, de l'aristocratie et du roi, était une chimère vaine et impossible, qui, même réalisée, ne pourrait subsister longtemps (1). Tacite, qui était prince du sénat, et qui vivait sous Vespasien, ne pouvait pas prévoir l'avénement de cet elément qui lui semblait fort contestable et qui est la bourgeoisie. Que de choses d'ailleurs depuis la venue du christianisme, et quelles grandes révolutions le Christ n'a-t-il pas introduites dans la condition sociale de tous les peuples anciens? Deux mille ans se sont écoulés depuis. L'heure n'est-elle pas arrivée d'écrire l'histoire de ces solennels accomplissements?

Nous allons donc examiner, ou plutôt raconter, le livre de M. Granier de Cassagnac. L'auteur nous promet pour bientôt

(1) Cunctas nationes et urbes Populus aut Priores, aut singuli regunt. Delecta ex his, et consociata reipublicæ forma laudari facilius quam invenire, vel si evenit, haud diuturna esse potest (Tacit., An. lib. IV, § XXXIII).

Chez toutes les nations, dans toutes les villes, c'est ou le peuple, ou les grands, ou un seul qui gouverne. Une forme de société composée du mélange de ces trois pouvoirs est facile à louer, non à établir. Et, fût-elle établie, elle ne saurait subsister longtemps. (Trad. de M. Burnouf.)

un second travail qui est une *Histoire des classes nobles et des classes anoblies*. Chacun de ces travaux est donc comme une partie d'un grand ensemble. Nous ne jugeons, bien entendu, qu'un des coins du vaste tableau qui se déroulera plus tard devant nos yeux. Nous disons que nous raconterons ce livre. Nous le ferons en peu de mots, car il est pensé, mené, écrit avec une logique, une sagacité, une érudition telles, qu'il faudrait, pour que le lecteur pût s'en faire une idée exacte, transcrire tout entier le volume publié par l'auteur. Nous suivrons ce grand fait, *les classes ouvrières*, à travers ses phases principales; nous indiquerons les chapitres les plus remarquables; nous jugerons la portée sociale et politique du livre de M. Granier de Cassagnac; nous dirons quelque chose du style de louvrage, puis nous renverrons le lecteur lui-même au remarquable plaisir qu'il nous a causé en le lisant.

Tous les publicistes à peu près, et particulièrement ceux du siècle dernier, qui se sont occupés de la condition et des droits de l'homme, ont absolument ignoré l'histoire de ceux dont ils ont voulu établir et défendre la position. Quel est en effet celui d'entre eux qui eût pu dire d'où partait l'esclavage, quel avait été son passé, et quel était son avenir?

M. Granier de Cassagnac, en voyant la surface de l'Europe et de presque tous les pays du monde couverte de l'immense famille des *prolétaires*, c'est-à-dire des ouvriers, des mendiants, des voleurs et des filles publiques, s'est demandé d'où pouvait venir cette innombrable, obscure et malheureuse classe; et, après avoir fouillé dans les textes anciens et modernes, dans les philosophes, dans les historiens, dans les juristes, il a été convaincu que ce grand fleuve, le *prolétariat*, découlait d'une seule source, qui est l'*émancipation des esclaves*. Après avoir éclairci et étayé de preuves cette importante question, l'auteur, remontant à l'origine de l'esclavage, a été conduit à constater que l'esclavage, ce fait universel, a pris naissance dans la famille primordiale, et par conséquent, qu'il n'a jamais été établi de main d'homme. Plus tard, il fut réglé, étendu, organisé. On devint esclave; l'homme, pour avoir été pris à la guerre, pour n'avoir pas payé ses dettes, pour s'être réfugié dans un lieu d'asile, la femme, pour être sortie, par le mariage, de sa famille ou de sa tribu. Cependant, l'origine même

de l'esclavage n'en fut pas moins la famille. En effet, partout où il y avait un père, il y avait un maître. Si maintenant nous suivons, avec M. Granier de Cassagnac, les races esclaves, au sortir de l'émancipation, nous les voyons se diviser en deux grandes colonnes; l'une, formée des affranchis industriels qui se groupent dans les cités; l'autre, composée des affranchis agricoles, qui se dispersent dans la campagne. La première fait éclore la *commune* et les bourgeois, la seconde la *féodalité* et les paysans. Ici M. Granier de Cassagnac s'éloigne notablement des idées émises par ses prédécesseurs en ce qui touche la commune. Contrairement à l'opinion reçue, il établit que la commune, qui est l'association administrative des affranchis, et la jurande qui est leur association industrielle, sont deux faits qui se rencontrent chez tous les peuples du monde. De même qu'il y a eu partout et toujours des affranchis qui se sont groupés pour former dans les villes les communes et les jurandes, de même il s'est trouvé toujours et partout des affranchis agricoles, lesquels ont donné naissance à la *féodalité*. La féodalité, qui est l'alliance des affranchis dispersés à travers les campagnes dans un but de protection mutuelle et de gouvernement, est donc, comme la commune et comme la jurande, un élément de l'histoire ancienne aussi bien que de l'histoire moderne. A côté, et au-dessus des bourgeois et des paysans, M. Granier de Cassagnac nous a montré, comme dans l'ombre et les côtoyant sans cesse, en dehors de la loi, ceux qui *ne voulaient pas* ou qui *ne pouvaient pas* travailler, c'est-à-dire la triple et misérable famille des mendiants, des bandits et des courtisanes.

Voilà, en deux mots, l'histoire des classes bourgeoises et des classes ouvrières, histoire que M. Granier de Cassagnac a prise à son point de départ et qu'il a menée jusqu'aux importants débats de l'assemblée constituante et jusqu'à nos jours. Nous avons formulé d'abord cette rapide esquisse, afin de nous appesantir à l'aise sur deux chapitres; le premier, qui rentre plus spécialement dans notre cadre et dans nos habitudes, et qui traite de la propriété chez les anciens; le second, qui touche à ce grand fait social, l'esclavage, et qui soulève ainsi, comme au reste presque tout le livre, les questions les plus hautes, les plus graves et les plus pressantes de ce siècle.

M. Granier de Cassagnac, comme nous l'avons dit, s'éloigne

d'une façon notable des historiens qui jusqu'ici ont écrit sur la commune. Il admet la commune comme quelque chose existant partout où il y a eu des affranchis. Et pour établir l'opinion qu'il avance, il prouve par de nombreuses citations que chez les anciens, toutes les fois que les maisons étaient bâties en pâté et ceintes de murs, il y avait commune. Ainsi à Jéricho, à Troie, à Gortyne, à Calydon. De plus, et pour appuyer plus solidement ses idées, il veut entrer dans l'histoire du droit ancien. Or cette histoire n'est pas faite, surtout en ce qui touche la propriété dans ses premières phases. Il est donc obligé d'esquisser une histoire de la propriété chez les anciens, et ceci est un des meilleurs chapitres de son livre. A prendre, dit il, la propriété par son côté le plus général, et dans son histoire la plus sommaire, on trouve toujours qu'elle est constituée au même point de vue que la famille. Il y a tout un ordre de familles qui sont, si l'on peut ainsi dire, constituées pour durer toujours, et toujours dans le même état, dans lesquelles le fils continue exactement le père, et où c'est le premier et le plus saint des devoirs de maintenir et de laisser après soi toutes choses en l'état où les avaient maintenues et laissées les aïeux : ce sont les familles nobles. Il y en a d'autres dont on peut dire qu'elles recommencent à chaque génération, dans lesquelles il n'y a précisément aucune tradition domestique, et où les fils sont beaucoup plus occupés à s'établir eux-mêmes qu'ils ne le sont à continuer leurs ancêtres : ce sont les familles bourgeoises.

M. Granier de Cassagnac prouve, et c'est là un des plus curieux résultats de ses travaux historiques, que la propriété est constituée dans ces deux ordres de familles comme les familles elles-mêmes, c'est-à-dire qu'elle est perpétuelle et substituée dans les premières, mobile et aliénable dans les secondes. Il y a une autre espèce de famille que l'on peut appeler la troisième du genre, la corporation. La corporation, en effet, soit religieuse, soit marchande, soit communale, a la perpétuité de la famille noble. L'individu mourant, le corps vit toujours. D'où il résulte que la propriété de la corporation est toujours substituée et inaliénable, comme la propriété de la famille noble. Comme il y a deux sortes de familles, il y a donc deux sortes de propriétés. Prenons d'abord la propriété noble. La famille noble a deux

manières d'être successives. Primitivement, elle gît tout entière dans le père, et se résume en lui. Le père absorbe l'épouse, le fils, la fille et le serviteur. Dans cette première période, le père peut vendre son champ comme il peut vendre sa postérité. La propriété noble est alors parfaitement aliénable. Peu à peu le fils, la fille, l'épouse et le serviteur se dégagent de l'étreinte paternelle, acquièrent des droits, prennent une personnalité. Alors les droits du père ne sont plus absolus. Dans cette seconde période, la propriété noble cesse de dépendre absolument du père ; elle devient inaliénable, substituée et passe à ses descendants malgré lui. La première période de la propriété noble, c'est-à-dire la propriété dépendante de la volonté absolue du père, est si ancienne, qu'elle avait même disparu quand les livres primitifs commencèrent. La seconde période de la propriété noble, c'est à dire la période de la propriété substituée, appartient aux temps historiques.

Chez les Hébreux, la propriété substituée existait pleinement dans les races sacerdotales du temps de Moïse.

Chez les Grecs, les substitutions furent abolies du temps de Solon, d'après le témoignage de Plutarque.

Chez les Romains, les substitutions disparurent de très-bonne heure. Cependant on en trouve une première trace dans le caractère sacré de l'*ager romanus*, et une seconde dans l'action judiciaire pour la vente des terres, qui ne fut introduite que vers l'an 648 de Rome, par le préteur Publius Rutilius.

En France, les deux périodes de la propriété noble se déroulent successivement et se constituent sous nos yeux. Jusqu'à une époque que nous n'oserions préciser avec rigueur, mais qui doit être à peu près le huitième siècle, les pères ont le droit absolu de donner et de vendre leurs terres. Peu à peu, viennent des empêchements qui bornent leur autorité. Ainsi, vers le neuvième siècle, on trouve une multitude d'actes publics dans lesquels les pères font intervenir l'épouse et même l'enfant à la mamelle, pour avoir la faculté de vendre ou de donner. Alors les substitutions s'acheminent vers leur établissement. Il est facile de voir aussi comment elles s'acheminèrent vers leur chute. A la fin du douzième siècle viennent d'autres lois portant que, si un noble veut vendre

sa terre, le droit exige que son plus proche parent l'achète; si le plus proche parent ne le peut pas, le moins proche le doit faire et ainsi de suite; que si aucun parent ne le peut, alors, le père est libre de vendre à un étranger. Ces lois ajoutent même que les parents, dans ce dernier cas, ont sept jours pour faire annuler la vente

Nous avons assimilé les corporations aux familles nobles: il est de fait qu'il était de leur nature de durer toujours, et d'un autre côté il est certain que leur propriété était substituée. Ceci est tout à fait constaté par un grand nombre de lois, entre autres par une loi de Valentinien et de Valens, du mois de juin de l'année 365, et par une loi de Valentinien, de Valens et de Gratien, du mois d'avril de l'année 372.

De son côté, la famille bourgeoise commence au point précis où la famille noble finit. C'est ainsi que la propriété bourgeoise est essentiellement mobile. Le père a perdu toute son autorité primitive. Le fils et l'épouse ont acquis de nouveaux droits. Ils vont où leur volonté les pousse. La tradition se perd. C'est alors que commence la famille bourgeoise. Aujourd'hui la France est le pays du monde où la propriété a opéré le plus d'évolutions successives, et où elle est complétement détachée de la famille, ou plutôt individualisée et mobilisée comme la famille. La loi sur les majorats a été le dernier coup porté à la vieille propriété immobile et substituée. Donc, pour résumer ceci, toutes les fois que l'on rencontre dans les livres anciens une propriété mobile et aliénable, il n'y a pas moyen de ne pas reconnaître en elle une propriété bourgeoise. Or, voici que M. Granier de Cassagnac nous montre à l'aide de citations très-concluantes, que la propriété *mobile* et *aliénable* ne se trouve que dans *les villes murées*. La Bible est remplie de preuves à l'appui de cette assertion. Il faut conclure nécessairement que la propriété aliénable des villes murées était une propriété *bourgeoise*, et logiquement que partout où il y avait ces deux indices: *la ville murée*, *la propriété bourgeoise*, il y avait *commune*.

C'est ainsi que, dans ce très-curieux chapitre, M. Granier de Cassagnac nous amène par la pente irrésistible des idées, des faits et des citations, à cette opinion qu'il y a eu établissement de communes chez les anciens comme chez les modernes, sans prétendre toutefois, bien entendu, ajoute

l'auteur, que la commune de Jéricho et la commune de Troie aient été *exactement* la même chose que ce qui a été au treizième siècle, la commune de Soissons, par exemple, et la commune de Reims

Nous avons dit que le livre de M. Granier de Cassagnac était une œuvre d'une haute portée philosophique. En effet, il est le seul, parmi les publicistes, qui ait abordé et résolu ces grandes questions, à savoir, qu'est-ce que l'ouvrier? d'où vient-il? quel est son passé? quelle est son origine? quel sont ses droits? qu'est-ce que l'esclavage? quand et comment a-t-il commencé? est-il un fait violent? l'histoire nous apprend-elle qu'un certain jour, une moitié du genre humain ait saisi l'autre, l'ait garrottée, liée et faite esclave? La propriété du maître était elle, est-elle encore de nos jours une propriété immorale, mal acquise, injuste, impossible? Questions profondes, questions épineuses, questions terribles, et qui sont posées, traitées, résolues par M. Granier de Cassagnac avec une élévation d'esprit et une sûreté de coup d'œil dont il faut savoir le louer et le remercier. A l'heure qu'il est, l'organisation des classes ouvrières en France, et l'affranchissement systématique des esclaves aux colonies, voilà deux faits sociaux qui se dressent à la tête des périlleux problèmes qu'il est donné à ce siècle de résoudre, et qu'il convient d'approfondir et de sonder. M. Granier de Cassagnac a pensé qu'il fallait, en de si graves matières, n'avancer qu'avec une extrême prudence, et qu'il fallait connaître à fond la cause et le principe du mal pour le guérir, et se rendre compte avec calme et impartialité des positions respectives du maître et de l'esclave, afin de pouvoir assigner à chacun ses droits et ses devoirs. Il s'agit, en effet, de savoir si les leçons que la Providence nous donne dans l'histoire du passé ne serviront à rien, et si, dans l'initiative politique et sociale qui nous est dévolue, nous passerons nécessairement par les mêmes erreurs qui ont égaré nos pères. C'est rendre aux classes ouvrières, comme aux classes esclaves, un service immense que de les éclairer sur leur véritable position, sur leur véritable ambition, sur la façon dont il faut qu'elle se réalise. Les esclaves des Antilles en sont encore au point de départ où étaient les ouvriers avant la venue du christianisme et les affranchissements. Il faut donc, d'une part, que l'esclave ar-

rive sans violence, sans crime, sans colère mauvaise, à l'état d'ouvrier libre, et, d'autre part, que l'ouvrier passe aussi, selon les lois irrésistibles et sacrées de la Providence, de l'état d'ouvrier libre à l'état de membre éclairé de la bourgeoisie. M. Granier de Cassagnac, en disant à chacun ce qu'il fut, ce qu'il est et ce qu'il sera, a détruit les fausses idées des publicistes routiniers, en replaçant la justice et le droit dans son vrai jour. Car la maladie la plus redoutable qui travaille depuis quarante années la classe la plus nombreuse et la plus bas placée de la société française, c'est l'espèce de persuasion que les orateurs révolutionnaires ont inspirée aux ouvriers, libres ou non, que leur condition était une condition dégradante et anormale, que la violence et la cupidité des grands ont imposée au peuple, et de laquelle il faut absolument sortir, coûte que coûte, les nègres de l'Amérique par la violence et l'assassinat, les ouvriers de France par l'émeute et le suffrage universel. Nous avons vu quel a été le passé des classes ouvrières; il faut donc, s'il se peut, achever l'œuvre dont Dieu nous a révélé la première phase. Quant à la race esclave qui peuple les ateliers des Antilles, on sait que leur esclavage prend naissance dans la seconde des sources signalées par M. Granier de Cassagnac, et qui est la guerre. Si le nègrier ne les achetait pas à leurs ennemis vainqueurs, ils seraient impitoyablement égorgés.

Quoi qu'il en soit, le christianisme, qui a proclamé ce grand et généreux principe de la liberté humaine, et qui a émancipé les esclaves de l'antiquité, émancipera aussi les esclaves modernes. Le gouvernement d'ailleurs, comme les colons eux-mêmes, y donne les mains. Les révolutions sociales nous sembleraient bien faciles à accomplir et à achever, s'il était possible d'écarter de toute discussion les passions mauvaises et l'ignorance. Nous recommandons aux bons esprits le livre de M. Granier de Cassagnac, lequel y contribuera puissamment. Il en résulte, en dernière analyse, ceci : Il faut faire comprendre à ceux qui sont au plus bas de l'échelle sociale, qu'ils n'ont de vengeance à tirer de personne, l'histoire montre que les ouvriers, esclaves d'abord, ne sont toujours avancés vers le progrès; leur condition a eu, à travers les âges, comme toutes les autres, son heur et son malheur, ses bonnes et ses mauvaises années; la vie d'ouvrier est une vie aussi honorable,

aussi légitime, aussi régulière que telle autre ; il ne s'agit pas pour eux, ni de briser des fers, ni de punir des tyrans, il y a des causes simples, logiques, visibles, à tout ce qui est, au mal comme au bien, et les pauvres n'ont jamais eu d'autres despotes que les esprits faux qui leur ont rempli le cœur de haines injustes, et qui les ont détournés de tirer tout le parti possible du destin que Dieu leur a fait ; les ouvriers du moyen âge étaient incomparablement plus heureux que les ouvriers de l'antiquité ; et ceux d'aujourd'hui sont incomparablement plus heureux que ceux du moyen âge ; personne ne leur conteste l'avenir qui est à tout le monde ; au contraire, chacun tend la main à quiconque est en bas ; leur condition a pris naissance d'elle-même, spontanément, sans aucune violence ; s'est développée à travers les siècles selon la loi qui lui est propre, et doit être améliorée, mais non pas détruite ; enfin, s'il est bon, moral et légitime que les ouvriers, comme les esclaves, en leur qualité d'hommes chrétiens, intelligents et perfectibles, aient aussi leur ambition, ce que personne n'a jamais nié, il faut veiller à ce que cette ambition ne se trompe pas d'objet, et à ce qu'elle ne se propose pas de reprendre violemment la richesse, la considération, le commandement que jamais personne ne leur a pris, et qu'au contraire, ils puissent acquérir, comme tout le monde, avec la patience, la justice et le temps.

Quand ces idées, si profondément justes et vraies, seront également comprises par les gouvernants et par les gouvernés, par les maîtres et par les esclaves, par les colons et par les nègres, alors tout sera possible, facile et d'immédiate application. Voulez-vous que l'esclave passe à l'état d'homme libre, et d'ouvrier moral? civilisez-le. Voulez-vous que l'ouvrier s'élève, et arrive aux premiers rangs de la démocratie, à l'état de juré, d'électeur et de bourgeois honoré? civilisez-le. En bonne logique, ne donnez des droits qu'à ceux qui peuvent comprendre, accepter et aimer leurs devoirs. Et pour arriver à ce résultat magnifique, que faut-il faire? nous ne prétendons en rien proposer des moyens partiels et relatifs d'organisation pour les ouvriers qui, aux jours d'émeute, inondent nos rues, ou pour les esclaves des Antilles que l'on entretient dans un déplorable état d'inquiétude fébrile ; mais il nous semble qu'aidant Dieu dans son œuvre, et hâtant le

pas de la vérité, les hommes vraiment grands et vraiment intelligents devront commencer par ce travail preparatoire, qui ne peut être que très-fécond. Avant de donner aux nègres là-bas, aux ouvriers ici, des droits politiques, qui sont dans leurs mains des instruments nuisibles et dont ils n'ont que faire, donnez-leur du pain dont ils manquent! Prenez toutes ces pauvres têtes déshéritées blanches ou cuivrées; commencez par les moraliser et par les cultiver, fécondez ces germes utiles, agrandissez ces cœurs douloux du côté des affections de la famille, sans laquelle il n'y a pas de société possible, et pour opérer ces miracles sociaux, songez à ce livre philosophique, populaire, éternel, qui est l'*Évangile*. Quand ceci sera fait, quand ouvriers d'Europe, esclaves africains, toutes ces natures mal ébauchées se seront entr'ouvertes au soleil de la pensée, vous pourrez donner des droits à ceux-là, émancipez ceux-ci, et il est certain que le nègre de la Guadeloupe et de la Martinique s'inquiétera beaucoup plus d'aimer ses enfants que de devenir un roi Christophe, et que l'ouvrier de Paris songera plutôt à acheter pour son propre compte l'atelier dont il est contre-maître, qu'à se créer par anticipation triumvir ou président d'une république.

Le livre de M. Granier de Cassagnac est à nos yeux un des plus remarquables qui aient paru depuis longtemps. Nous savons très-bien avec quelle ardeur la critique s'en emparera. Outre sa valeur et sa portée intrinsèques, l'*Histoire des classes ouvrières et des classes bourgeoises* contient une foule d'aperçus nouveaux et tout à fait personnels à l'auteur, qui ne manqueront pas de soulever des tempêtes. Pour notre part, nous avons lieu de nous en réjouir; car nous estimons que de la discussion élevée naît la lumière, et qu'il n'y a que les œuvres pleines de germes qui excitent en naissant de grandes haines et de grandes sympathies. Nous sommes d'ailleurs complètement rassuré en ce qui touche la réfutation. Chaque page est toute prête à répondre aux attaques de la science exacte; car chaque page porte avec elle ses preuves et ses citations. Quel que soit le jugement émis sur le travail de M. Granier de Cassagnac, il est certain qu'on ne pourra refuser à l'auteur d'abord une érudition immense, ensuite, et c'est là ce qui nous a frappé beaucoup plus encore, une sagacité intelligente des plus rares. Tout le monde peut apprendre, combien peu savent comprendre!

Nous avons parlé avec quelques détails du chapitre sur la propriété chez les anciens, il ne faut pas oublier celui où M Granier de Cassagnac établit l'origine de l'esclavage, non plus que deux autres chapitres, l'un sur les paysans, l'autre sur la chute des jurandes antiques. Partout la discussion est, chez l'auteur, mathématique, et la sagacité profonde. Il y a quelques chapitres de ce livre qui sont écrits avec la logique saisissante, neuve, vive, irrésistible des meilleures pages de Pascal. On y trouve de très-curieuses révélations sur les mendiants, les bandits et les esclaves lettrés. L'auteur nous initie aussi à la vie intime des courtisanes antiques avec une grâce, une élégance et une retenue pleines de goût, depuis Thargelia, maîtresse de Xerxès, jusqu'à cette avare Cinara, à laquelle, chose presque impossible à croire! Horace se vante d'avoir plu *gratis* quelquefois, *immunem Cinaræ placuisse rapaci*. Ceci est le côté intéressant de ce livre, remarquable à tant de titres.

Quant à ce qui est de la forme de l'ouvrage, du style, nous n'en dirons qu'un mot : c'est un des livres rares qui aient été véritablement écrits en français depuis ces huit dernières années.

Nous engageons vivement M. Granier de Cassagnac à poursuivre sans relâche la mission qu'il s'est donnée et qui sera sans doute l'œuvre de toute sa vie La science ne peut que profiter de travaux aussi consciencieux que ceux-ci, et la France, gouvernée depuis cinquante ans par l'empirisme des tâtonnements et des systèmes, trouvera, nous n'en doutons pas, dans l'explication haute, sereine et désintéressée du passé, le secret de son avenir. Quand M. Granier de Cassagnac se sera dit à lui-même son *exegi monumentum*, il est certain que nous compterons un éminent historien de plus, et que ses recherches lumineuses ne contribueront pas peu à la solution des grands problèmes sociaux qui nous agitent si violemment et nous barrent le chemin, à tous tant que nous sommes. L'historien touche au publiciste, et le publiciste à l'homme d'État.

H. Henri Descamps.

LE 10 MAI 1788.

PAR SAVIGNY.

Le 10 mai 1788, à l'université de Halle, *Gustave Hugo*, à l'âge de 24 ans, fut promu au grade de docteur en droit. Cet événement, en apparence dénué d'intérêt, a eu dans la suite des résultats si importants que le cinquantième anniversaire qui vient de s'écouler nous fait un devoir de nous en souvenir avec reconnaissance. On ne peut se faire une idée du vrai mérite de Hugo qu'en se rappelant quel était à cette époque l'état de la science du droit en Allemagne. Alors seulement il est possible de se rendre compte de la distance qu'il dut franchir, et des obstacles qu'il eut à surmonter.

Il est difficile de méconnaître que, comparativement aux époques plus anciennes la science du droit était alors tombée en décadence, quelle que fût d'ailleurs l'opinion qu'on pût avoir de la direction imprimée aux études. Toute personne, même étrangère à cette étude, pouvait s'apercevoir que la science était beaucoup moins en honneur que les autres branches intellectuelles : et c'est là le témoignage le plus certain que les professeurs et les auteurs ont négligé, au lieu de l'augmenter, le dépôt qui leur était confié (1). On pourrait se figurer que cette décadence n'était que le résultat d'une stagnation momentanée ou circonscrite dans quelques localités, et que dans ce cas le remède n'aurait dû être que momen-

(1) Voir Civilistisches Magazin, t. I, 1791, p. 18 et 21.

tané et local, mais loin de là. Le mal était partout, et l'on ne pouvait y remédier qu'au moyen d'une réforme générale.

Par suite il arriva assez fréquemment qu'on méconnut le véritable but vers lequel tendaient les efforts de Hugo et de ses adhérents. On supposait que, préoccupé d'un amour idéal et stérile de l'histoire du passé, il négligeait de tenir compte de la situation et des besoins du moment, et dans cette supposition on se plaisait gratuitement à le combattre. Si la méthode en vigueur avait consisté à construire, dans l'ignorance de l'histoire, l'édifice du droit sur des idées arbitraires, et prises au hasard, on concevrait encore comment Hugo aurait pu, quoiqu'à tort, se jeter dans un extrême opposé. Mais on était loin de mépriser l'histoire, cette supposition serait donc absolument sans fondement.

Le mal consistait plutôt en ce que l'on s'était borné à rassembler, sans examen ni critique, les matériaux de l'histoire, afin de leur donner une apparence d'ensemble pour la pratique. De cette manière on avait réuni les données les plus disparates et les plus incompatibles, et il était difficile de dire à qui ce procédé nuisait le plus, à la vérité historique ou aux intérêts de la vie pratique. Ce n'est pas qu'on se crût dans le vrai, mais insensiblement on s'était laissé aller par irréflexion. La science passait de l'un à l'autre, inerte et sans vie; dans chaque main elle recevait imperceptiblement l'accroissement d'une nouvelle erreur, et les plus instruits n'osaient s'affranchir de l'autorité traditionnelle de cette mauvaise méthode.

Hugo, de son coup-d'œil juste et assuré, en découvrit toute la fausseté. Dans l'examen des matériaux de notre droit positif il s'enquit de l'origine de chaque loi, même de chaque mot. Il posa un principe que de tout temps le droit positif a formé un ensemble, que la science devait prendre à tâche de reconstruire, en coordonnant les fragments dispersés dans les divers recueils. Le succès de pareilles recherches devait avoir pour résultat de donner au présent et au passé ce qui appartient à chacun; voilà ce que Hugo distingua clairement. Loin de vouloir assujettir la pratique à des préceptes surannés, il chercha au contraire à la délivrer de tout ce qui devait ne tenir qu'à l'histoire. Il reconnut dès le principe qu'il n'y a pas de moyen plus propre à propager les erreurs les plus graves que l'incorrection dans l'emploi des termes.

La fausse terminologie n'eut donc pas d'ennemi plus acharné que lui, et il ne se lassa pas de la poursuivre de toute son intelligente activité.

Les efforts de Hugo dirigés vers ce but, méritent d'être énumérés plus en détail. Mais auparavant il nous paraît important de présenter quelques considérations générales sur les différentes formes sous lesquelles la science peut se produire.

La science se communique soit par l'enseignement oral soit par l'impression. La plupart des jurisconsultes d'une grande renommée ont exercé leur activité sous l'une et l'autre forme, seulement c'était tantôt l'une tantôt l'autre qui prédominait. Pour Cujas cependant il serait difficile de dire s'il s'est acquis plus de gloire comme professeur ou comme auteur : en règle générale on peut admettre que le professeur dans sa chaire travaille à la conservation et à la tradition du domaine de la science, tandis que l'auteur va plutôt à la découverte, c'est-à-dire qu'il travaille à l'agrandissement de ce domaine.

Si nous essayons d'appliquer cette distinction, indiquée par l'expérience, à la carrière scientifique de Hugo, nous serons étonnés de nous trouver dans un grand embarras. Hugo professait toujours ; peu l'ont fait avec autant de dévouement et peu l'ont égalé. C'était principalement au moyen de l'enseignement oral qu'il voulait réaliser la réforme destinée à donner une nouvelle vie à la science : aussi ses leçons produisirent-elles l'effet que nous ne sommes habitués qu'à trouver dans les livres, celui d'enrichir et de réorganiser. Il est vrai que Hugo a écrit des livres, mais ce ne sont que des manuels destinés à l'usage de ses élèves : ce sont des manuels non-seulement par la forme, mais encore par le fond ; car quelque nouveau, quelqu'instructif qu'ait été leur contenu pour le lecteur, dont ils provoquaient toujours l'étude et la réflexion (et c'est en cela que consiste la véritable puissance de l'auteur), les livres de Hugo ne pouvaient et ne devaient produire leur entier effet que sur l'auditoire; ils devaient servir à préparer les élèves et à soutenir leur attention dans les leçons qui devenaient le complément nécessaire du manuel, de cette manière le livre et la parole réunis concouraient à former l'ensemble le plus complet Cela est si

vrai que le lecteur de ces manuels est très-souvent porté à compléter, dans la pensée, les lacunes que l'enseignement oral était destiné à combler.

C'est donc aux élèves de Hugo, à ceux qui ont éprouvé l'influence entière de son zèle scientifique, qu'il appartient surtout de témoigner de son mérite. Jusqu'ici nous n'avons indiqué que les formes les plus générales dont Hugo s'est servi pour mettre au jour ses travaux, c'est-à-dire les leçons et les manuels. Le journal de droit civil (*das Civilistisches Magazin*), publié de 1791 à 1837, a servi en outre d'une manière très-efficace à compléter les unes et les autres. Ce journal, très-varié, défendait sans relâche la nouvelle direction que Hugo s'efforçait d'imprimer à la science du droit; c'est sur ce terrain qu'il entrait dans les détails de l'application. Dans ce but, le recueil contenait tantôt des articles historiques, tantôt des articles analytiques; tantôt des critiques de cette multitude de livres qui surgissent ordinairement à l'époque de toute réforme.

Dans le nombre des ouvrages de droit qui faisaient alors autorité, il choisit, comme représentant les idées dominantes, ceux de Hœpfner et de Glueck pour montrer la fausseté, non-seulement de leur méthode, mais encore d'un grand nombre de leurs doctrines. Hœpfner était un homme spirituel et instruit dont le souvenir nous a été conservé en dehors de la sphère du droit par Goëthe, et cela d'une manière très-originale, mais en même temps très-honorable (1). Son ouvrage le plus important, Commentaire des Institutes, jouissait, et non sans raison, de la plus haute considération, lorsque Hugo parut (1785). Notre littérature de droit possède certainement peu d'ouvrages aussi bien écrits, et dont la lecture mérite autant d'être recommandée. Mais cet ouvrage n'était pas affranchi des erreurs de son époque; Hugo eut donc d'autant plus de raison de le choisir comme objet de sa critique, que ce livre, par son autorité et sa valeur intrinsèque, était plus que tout autre fait pour perpétuer les résultats d'une fausse routine. La polémique qui eut lieu entre ces deux savants se changea bientôt en amitié. Hœpfner le témoigne déjà dans la préface de la cinquième édition de son livre (1795), et

(1) Voir Goethe, Aus meinem Leben, 1. III, p. 221.

plus tard Hugo lui a rendu une justice éclatante (1).

Bientôt après que Hugo eut commencé à professer, Glueck entreprit (1790) son commentaire des Pandectes, qu'il ne continua que jusqu'au 34e volume. Les traces de la mauvaise méthode suivie alors, se rencontrèrent encore plus nombreuses dans ce livre, qui, sous le rapport de l'esprit et du bon goût, ne peut soutenir la comparaison avec celui de Hœpfner. Mais l'auteur, en zélé compilateur, y a rassemblé une immense quantité de matériaux qui ont acquis dans ce temps-là une grande considération à cet ouvrage, et qui le rendront toujours recommandable. Le second choix de Hugo répondait donc entièrement à son but.

Hugo fit en outre insérer un grand nombre d'articles critiques dans les Annonces littéraires de Goettingue (*Goettingische gelehrten Anzeigen*), recueil qui date de 1788 et se continue encore aujourd'hui. On peut considérer ces articles comme une partie essentielle de ses travaux : nous lui devons une reconnaissance personnelle pour l'édition que nous tenons de lui-même et qui est accompagnée d'une introduction très-instructive dans laquelle ce recueil est désigné avec raison comme supplément du cours de droit civil (*civilistischer cursus*) et du magasin de droit civil (*civilistisches magazin*).

Une grande partie de son activité fut encore dirigée vers l'étude des sources. Ses travaux sur le texte d'Ulpien, dont il a soigné cinq éditions de 1788 à 1834, surpassent tout ce qui a été fait avant lui; son édition de *Paul*, 1795, sera toujours appréciée à cause de l'index *fontium corporis juris civilis*, qu'il y a ajouté. Par ses études de la table de *Heraclea*, et de la loi *galliæ cisalpinæ*, il porta le premier l'attention générale vers ces sources importantes, dans lesquelles on a tant puisé depuis. Le *jus civile antejustinianum*, publié ses soins (1815) était le recueil le plus étendu de cette nature avant la découverte des nouveaux fragments du Vatican.

Il prit le plus vif intérêt à ces découvertes; et mit le plus grand zèle à les mettre à profit, en les appliquant autant que possible à toutes les branches de la science. C'est par ses soins que furent réunis les fonds nécessaires pour la publica-

(1) Voir Civilistisches Magazin, t. III, n° 5, 1798.

tion de ces fragments. Sans cette intervention, l'excessive réserve de May l'eût peut-être fait reculer encore longtemps devant la publication de ces précieux morceaux. Encore tout récemment il a fait ressortir l'intérêt que présente le petit fragment d'Ulpien trouvé par *Endlicher*.

Non-seulement ces découvertes obtenaient de sa part le plus vif intérêt, mais aussi le succès des autres dans leurs recherches lui causait le plus vif plaisir. C'est ainsi qu'il accueillit avec la joie la plus sincère, les trois ou quatre lignes des Pandectes découvertes par Blume; pour les faire connaître et apprécier, Hugo a plus fait, qu'aucun auteur n'a coutume de faire pour les idées nouvelles d'autrui.

Ce qui précède suffit pour donner un aperçu rapide des travaux littéraires de Hugo, notre cadre ne nous permet pas d'entrer dans de plus grands détails. Il nous reste à examiner le point important de savoir quel a été le résultat de ces efforts infatigables; efforts qui mériteraient toute notre reconnaissance, quand même ils seraient restés sans succès apparents.

Voici une partie de la tâche accomplie par Hugo :

Il combattit la méthode vicieuse qu'il trouva en vigueur de son temps. Il eut des partisans et des adversaires : les deux écoles se dessinèrent de plus en plus, la sienne l'emporta ; toutefois après une si longue lutte toutes les questions sont-elles résolues?

Bien qu'en aucun temps de sa vie, Hugo n'ait manqué d'adversaires, on serait porté à donner à cette question une réponse affirmative. Si nous examinons de près et que nous comparions l'état de la science du droit, il y a 50 ans, avec celui où elle se trouve aujourd'hui, nous serons convaincus que la plus grande et la meilleure partie de la réforme que Hugo a voulue, il l'a obtenue et pleinement réalisée. Ses adversaires, battus sur les points les plus généraux et les plus importants, se retranchèrent derrière des questions d'application spéciales, d'intérêt secondaire, ou d'interprétation arbitraire. Néanmoins ce qui, dans le commencement, était repoussé comme une nouveauté, devint insensiblement un progrès, qui a profité plus tard non-seulement à ses partisans mais aussi à ses adversaires.

Aussi, après un examen impartial, nous pensons que peu

de savants ont eu à se féliciter d'un succès aussi complet et aussi fécond; Hugo et ses amis peuvent jeter un regard satisfait sur les 50 années qui viennent de s'écouler; à mesure que le temps marchera, on appréciera de plus en plus le mérite, de ce savant, à raison même des développements que recevra la science. Déjà même les réformes si péniblement introduites par Hugo sont universellement admises; la génération actuelle s'en empare comme d'une chose acceptée de tout temps sans contestation; ce n'est qu'en pénétrant dans l'histoire de la science qu'on apprend combien celle-ci lui est redevable.

Ceux qui ont vécu pour voir les changements qu'il a opérés et qui en conserveront un souvenir ineffaçable, sont naturellement appelés à en rendre témoignage. Pour ma part, j'ai cru de mon devoir d'obéir à cet appel, en rendant au savant Hugo un hommage public et en même temps personnel.

A la vérité je n'ai jamais suivi ses cours · mais ses écrits m'ont été utiles plus qu'aucun autre, ils m'ont excité à penser, à étudier et à rechercher, et lorsque moi-même je me suis produit comme auteur, il m'a encouragé de la manière la plus affectueuse.

Pendant de longues années nous avons été en communication continuelle, et cet échange d'idées a été pour moi aussi agréable qu'instructif. Il n'ignore pas combien je lui en suis reconnaissant, mais je sentais le besoin de le proclamer hautement. Qu'il me soit donc permis de dire avec quel sentiment de satisfaction j'envisage la période dont ce jour est l'anniversaire semi-séculaire, sentiment qui devient encore plus vif par la conviction de le savoir partagé par un grand nombre de disciples de ce profond écrivain.

(Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft)

DE L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS

RENDUS

PAR UN TRIBUNAL ÉTRANGER,

PAR MITTERMAIER (1).

Il suffit de jeter un coup d'œil sur les formes de procédure, en usage dans les États de l'Allemagne, relativement à l'exécution d'un jugement porté en pays étranger, pour être frappé du peu d'unité qui existe sur cette matière entre les différentes législations. On ne doit point s'en étonner, lorsque l'on considère les rapports intimes de cet objet avec les questions les plus intéressantes du droit public. Il arrive ici la même chose que dans beaucoup d'autres questions de cette espèce : ceux qui posent le principe d'une manière générale dans le sens le plus libéral, effrayés en quelque sorte de ses conséquences, se hâtent d'y ajouter tant de restrictions, qu'il finit par devenir insignifiant dans l'application.

Les États qui composaient l'ancien empire germanique prêtaient assez facilement la main à l'exécution des jugements rendus dans leurs territoires respectifs; c'est ce qu'at-

(1) Au moment où nos chambres législatives sont saisies d'un projet de loi tendant à l'abrogation de l'arrêté du 9 septembre 1814, nous avons cru qu'il ne serait pas sans intérêt de connaître l'opinion émise sur cette matière par un des premiers jurisconsultes de l'Allemagne. La question de l'exécution des jugements étrangers est au reste d'une application journalière en Belgique, où le développement toujours croissant du commerce et de l'industrie, joint à la position centrale du pays, établit avec les nations voisines des rapports chaque jour plus multipliés.

(*Note de la rédaction.*)

testent les auteurs et les praticiens les plus éclairés (1). Toutefois on ne se décidait pour l'affirmative, que lorsqu'il s'agissait d'exécuter dans un État de l'Empire, un jugement rendu par un tribunal d'un autre État de l'Allemagne. La difficulté que mettait la chambre impériale à requérir une autorité étrangère quelconque à l'effet d'exécuter un jugement (2), fait voir suffisamment combien peu on était disposé à se prêter à la réquisition d'un autre tribunal. On mettait d'ailleurs en avant l'intérêt des sujets : *incumbit domino respectu subditorum ut ab injuria maneant tuti* ; et l'on se prévalait de ce principe, pour soutenir que le juge requis de mettre à exécution un jugement étranger, avait le droit de l'examiner préalablement. L'ordonnance judiciaire de Bavière de 1753 atteste clairement que cette opinion régnait en Allemagne (3). Elle porte : « L'autorité requise ne doit point » refuser d'exécuter le jugement ou de prendre connaissance » de l'affaire, excepté lorsque l'exécution est demandée par » une autorité étrangère contre un indigène; auquel cas on » ne doit point procéder facilement sur simple réquisition » sans prendre, au préalable, connaissance sommaire de la » contestation, lorsque la partie condamnée invoque avec » vraisemblance des nullités ou des griefs. »

Après la dissolution de l'empire germanique, on admit bientôt en principe qu'un État ne doit point mettre à exécution un jugement rendu hors de son territoire (4). L'idée que l'Allemagne n'était qu'une réunion de plusieurs États, unis sous certains rapports, mais indépendants l'un de l'autre, et que chaque nation doit, pour ainsi dire, s'enfermer comme la Chine dans une triple muraille, en repoussant soigneusement toute atteinte d'un pouvoir étranger à sa propre souveraineté, fit prévaloir dans ces pays le système de n'admettre l'exécution des jugements étrangers qu'avec certaines restrictions Ce système, conséquence d'une prétention exagérée de souveraineté, se justifiait en outre par les dispositions du droit français, qui se prononcent, comme nous le verrons

(1) Putter, *Rechtsfälle* III, resp 2, § 20 Boehmer, *Rechtsfälle*, I, resp 80, p 707. Voyez encore Haas, *De effectu except. rei jud. in territor. alien.* Gotting, 1781.
(2) Ce système de la chambre impériale est attesté par Ludolf, *Obs. cam. obor.* 120, n° 10
(3) Codex judic Bavar , cap 18, n° 5
(4) Zachariæ, *Staatsrecht der Rhein. Bundesstaten*, § 79

plus tard, contre l'*exécutabilité* des jugements étrangers. Il est difficile de citer un usage constant et uniforme en cette matière dans les États allemands (1).

En Autriche, on admet, sans restriction, le principe de la réciprocité (2), de sorte que les jugements émanés des pays étrangers, qui exécutent à leur tour, lorsqu'ils en sont requis, les jugements autrichiens, sont seuls exécutés dans cet empire. D'après l'ordonnance judiciaire du royaume de Prusse (3), les jugements étrangers sont reconnus exécutables, « à moins » qu'il ne s'élève des doutes sur la compétence du tribunal » requérant ou sur la chose elle-même » Cette exemption, il faut l'avouer, paralyse entièrement la règle et favorise, en outre, l'arbitraire.

Dans le royaume de Saxe règne le principe de la réciprocité (4).

En Bavière, une ordonnance du 2 juin 1811 (5) statue que l'exécution d'un jugement rendu en pays étranger ne sera permise que lorsque le tribunal étranger était compétent sous tous les rapports. Elle porte, en outre, qu'il ne sera fait droit à une demande à fins d'exécutoire, que moyennant la preuve légale qu'il n'existe pas dans le pays d'où émane le jugement des moyens d'exécution suffisants, et lorsqu'il n'aura été intenté, par des sujets bavarois, aucune action au sujet de laquelle ceux-ci auraient, en vertu de la loi, un droit égal ou supérieur sur la chose contre laquelle l'exécution est poursuivie.

Si la poursuite a des immeubles pour objet, le jugement étranger doit être préalablement rendu public, et les créanciers hypothécaires du royaume doivent être avertis de faire valoir leurs créances. La preuve que l'État étranger, dont on veut exécuter le jugement, use de réciprocité à l'égard

(1) M. Van der Nahmer, de Wiesbaden, se propose de publier un Recueil de lois, arrêts et circulaires ministérielles, qui feront voir comment sont traités les étrangers sous le rapport de la justice dans les différents États de l'Europe. Il s'est adressé à cet effet à tous les ministères européens.

(2) Pactorevera, *Materialen zur Gesetzkunde*, part. I, p. 229, invoque le décret aulique du 7 novembre 1812 qui prescrit cette manière d'agir.

(3) Gerichtsordnung, Tit. XXIV, § 30.

(4) D'après la loi du 4 avril 1805. Voyez à cet égard Haubold, *Opusc. Lips.*, 1830, t. II, p. 735.

(5) Les motifs de cette ordonnance sont exposés dans le recueil de Feuerbach intitulé : *Themis oder Beitr. zur Gesetzgebung* (Landshut, 1812), n° 2, p. 75-131.

de la Bavière, est toujours regardée comme un préalable nécessaire. Ces principes sont encore proclamés dans le projet de Code bavarois de 1827, § 567, il y est en outre prescrit que l'exécution ne pourra jamais avoir lieu à l'insu des créanciers indigènes connus.

Dans le royaume de Wurtemberg, la loi sur la matière (1) dispose que les jugements étrangers, passés en force de chose jugée, pourront être exécutés, sous la condition préalable de réciprocité, et dans le cas où la compétence du tribunal dont émane la décision, serait hors de doute.

Avant l'introduction du droit civil actuellement en vigueur dans le grand-duché de Bade, le 6e édit constitutionnel de 1808, art. 2, semblait déjà reconnaître que l'étranger, par son séjour à Bade, ne peut se soustraire aux obligations qu'il a contractées à l'étranger et se référer uniquement au jugement des tribunaux badois. Aujourd'hui le droit national de ce pays étant calqué entièrement sur le code Napoléon, c'est l'art. 2123 de ce code qui doit décider la question, nous parlerons plus bas de son véritable sens, en examinant les dispositions du droit français. On peut, au reste, regarder comme certain que cet article doit être interprété à Bade, comme il l'est en France. D'après une instruction ministérielle postérieure (2) on doit en cas de réquisition tendant à l'exécution d'un jugement étranger, émané d'un État avec lequel il n'existe pas de traité spécial, entendre d'abord le débiteur; et s'il présente des moyens nouveaux, on doit recevoir ces exceptions et y faire droit; de sorte qu'on ne peut exécuter, en définitive, que ce qui est conforme à ce second jugement, rendu dans le pays et passé en force de chose jugée. Dans les jugements par défaut, on doit voir si le défendeur cité était justiciable de l'État d'où émane le jugement à exécuter, ou s'il n'avait pas été assigné simplement en vertu de la faculté accordée aux indigènes par l'art. 14 du code Napoléon. Dans le premier cas seulement, le jugement par défaut est exécuté comme s'il était contradictoire. Il est hors de doute que cette disposition, qui n'est intitulée que circulaire ministérielle et même simple instruction, n'a pu rien changer aux prescriptions légales du droit civil.

(1) Du 15 avril 1825, § 7.
(2) Du 24 mars 1818.

Dans la Hesse électorale, d'après une ordonnance du 25 avril 1826, toutes réquisitions à fins d'exécution de sentences étrangères doivent être adressées au tribunal supérieur compétent, pour qu'il y statue (1); et les jugements étrangers doivent être exécutés comme ceux du pays, excepté lorsque l'État étranger dont s'agit n'accorde pas, en règle générale, l'exécution aux sentences des tribunaux de la Hesse.

Quant au royaume de Hanovre, Spangenberg atteste que l'on se décide d'après le principe de la réciprocité (2); et que l'on exécute toujours le jugement, dès que le tribunal étranger requérant s'offre à répondre, le cas échéant, à semblable invitation. On ne soumet le jugement étranger à aucun examen quant à son contenu. Du reste, l'on n'admet pas l'exécution sur la simple poursuite de la partie intéressée, mais on attend toujours la réquisition du tribunal étranger.

On peut conclure de l'aperçu que nous venons de donner de la législation des États de l'Allemagne, que dans ces pays on a adopté au moins le principe : que les jugements émanés des tribunaux étrangers peuvent être mis à exécution; bien que ce principe soit sujet à de nombreuses restrictions.

En France, le principe contraire a prévalu, et cet exemple n'est pas resté sans imitation. Déjà l'ordonnance de 1629 (3) avait statué que ni les hypothèques constituées ni les jugements rendus en pays étranger ne seraient reconnus en France; et que les Français contre lesquels on requerrait l'exécution de pareils jugements pourraient *de nouveau débattre leurs droits comme entiers;* ces jugements étaient donc considérés comme non avenus. Ce principe était admis avec toutes ses conséquences, de manière qu'un Français même ne pouvait pas se prévaloir en France d'un jugement

(1) Wagner, *Grundzüge der Gerichtsverfassung und des Verf in Kurhessen* Marburg, 1827, p. 61, note.

(2) Dans son *Commentaire sur la procédure en Hanovre*, t. II, p. 277. Linde et Marezoll, *Zeitschrift* für civilrecht und process, vol. III, liv. 3, pag. 428.

(3) L'article 121 s'exprime ainsi : « Les jugements rendus, contrats ou obligations reçus en royaumes et souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit n'auront hypothèque ni exécution en notre royaume; ainsi tiendront ces contrats lieu de simples promesses, et nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils ont été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits, comme entiers, par-devant nos officiers. »

rendu en sa faveur par un tribunal étranger (1). Lors de la confection des codes, on s'en tint au principe consacré depuis 1629, qui était en rapport avec le droit public de l'époque. Le code civil déclara (2) que *l'hypothèque ne peut résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français;* et le code de procedure ajouta : *que les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne sont susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les art.* 2123 *et* 2128 du code civil (art. 54).

Il semblerait, d'après ces dispositions (3), que celui qui veut exécuter en France un jugement étranger, n'a qu'à demander l'*exequatur* au tribunal français; et que d'après l'esprit de la nouvelle législation il n'est plus question d'une révision de la cause, comme sous l'empire de l'ordonnance; qu'en un mot la formule exécutoire à apposer par le tribunal français n'est plus qu'une simple formalité. Mais cette interprétation serait erronée : les cours et tribunaux de France ont reconnu (4) que le sens des dispositions en vigueur aujourd'hui, doit être expliqué par l'ordonnance de 1629 d'où elles sont tirées; et il est de jurisprudence constante en France que les jugements étrangers y sont dépourvus de tout effet quelconque; en sorte que la partie contre laquelle on en demande l'exécution est fondée à débattre de nouveau l'affaire devant le tribunal français, nonobstant le jugement intervenu (5).

En effet, dit-on à l'appui de cette opinion, le pouvoir judiciaire est une émanation de la souveraineté. Or, un acte de la puissance souveraine ne peut avoir aucune force légale dans les pays étrangers. Cela est démontré par l'analogie du principe admis en matière d'hypothèque. La force que prête la puissance publique à un jugement n'est que le résultat d'une disposition expresse de la loi, et le principe en vertu

(1) L'opinion contraire était enseignée, il est vrai, par BOULENOIS, *Traité des statuts réels et personnels* vol 1, p 646 Mais voyez le Nouveau Denisart, t. VIII, p. 186, TOULLIER, *Droit civil français*, t. X, p. 123.

(2) Art 2122 et 2128

(3) Voyez les observations judicieuses de GRENIER, *Traité des hypothèques*, t I, pag 436 63.

(4) MERLIN, *Questions de droit*, v° Jugement, § 15 *Répertoire*, t. VI, v° Jugements TOULLIER, *Droit civil*, t X, p 133.

(5) Voyez arrêts dans Sirey, t VII, 2, p. 878, XVI, 2, p. 360, XX, 2, p 815.

duquel un jugement légalement porté est regardé comme vérité, repose sur la constitution du pouvoir judiciaire et sur les garanties que chaque état a consacrées pour ses propres tribunaux (1).

Une seule question est encore controversée. Le principe ci-dessus exposé doit-il être restreint aux Français, ou peut-il être invoqué aussi par un étranger, à charge duquel on requiert l'exécution en France? Plusieurs auteurs pensaient que la loi n'avait pour but que de protéger les Français et que, par suite, pour pouvoir exécuter un jugement contre un étranger il suffisait d'un simple *exequatur*, que le tribunal français devait donner sans examen ultérieur de la cause (2).

Mais l'opinion contraire, adoptée par la cour de cassation, est incontestablement plus conforme au principe reçu en France, qui dénie en général l'efficacité à tout acte émané d'une autorité étrangère, et ne peut ainsi faire aucune différence entre le Français et l'étranger (3). Toutefois on ne peut se dissimuler que la première opinion, d'après laquelle un jugement rendu contre un étranger doit être déclaré exécutoire sans examen ultérieur, a prévalu dans les départements allemands qui ont conservé la législation française (4). Le principe français a pour conséquence, qu'un tribunal de

(1) V. Toullier, l. c. p. 121 et Hildgard, *Annalen der Rechtspflege in Rheinbaiern*. Deux Ponts 1830, t. I, liv. 1, p. 80

(2) P. de Carré, *Traité et Questions de procédure civile*, t. II, p. 164 Merlin, *Répertoire*, v° Jugement, § 6, et un jugement, du tribunal d'appel de Koiserslautern, de 1818, rapporté dans Hildgard, l. c. p. 45.

Il faut joindre à ces auteurs Dalloz, v° *Droits civils et politiques*, t. XII, p. 109. Ce jurisconsulte, dans une discussion pleine de force et de logique, démontre que l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 ne dispose qu'en faveur des *sujets français* et que le droit de soumettre à une discussion nouvelle la chose jugée hors de France, n'est accordé à l'étranger par aucune loi. Voir au reste l'arrêt de la cour de cassation du 19 avril 1819 (Dalloz, t. XII, p. 124), où les arguments pour et contre la révision sont rapportés.

Un arrêt de la cour de Bruxelles, du 18 novembre 1835, a décidé que les jugements étrangers peuvent être rendus exécutoires en Belgique, sauf ceux rendus en France pour lesquels l'arrêté du 8 septembre 1814 fait obstacle. (Sanfourche Laporte, 1836, 2, 374.)

(3) Arrêt du 27 août 1816, Sirey, t. XVI, p. 399, et principalement un arrêt de 1818, dans Sirey, t. XIX, p. 288. Voyez encore Grenier, *Traité des hypothèques*, t. I, p. 441.

(4) Voir la note précédente, quant à la Bavière rhénane; quant au grand-duché du Bas Rhin, V. *Archiv fur das civil und criminal recht von Rheinpreussen*, t. 1, part. 2e, p. 103, et un jugement de Mayence dans un article de *Von der Nahmer Themis d'Elcer*, t. II, part. 1re, p. 142.

France ne peut avoir aucun égard à la sentence prononcée en pays étranger (1); et la circonstance que le Français aurait été demandeur et se serait ainsi soumis au tribunal, ne peut rendre susceptible d'exécution en France, le jugement intervenu dans un semblable procès. La loi n'admet aucune distinction, et elle repose sur un principe de droit public qui ne peut être changé par la volonté des parties (2).

L'esprit de la législation française a été adopté dans les codes calqués sur le code de procédure français, par exemple la code de Genève (3) et la nouvelle loi de procédure civile du royaume des Pays-Bas (4).

Cette manière de voir, dictée par des principes erronés de souveraineté et qui ne tend qu'à paralyser les rapports des nations entre elles, est diamétralement opposée à la jurisprudence anglaise, qui reconnait comme valable en Angleterre, un jugement émané d'un tribunal étranger compétent; qui par suite respecte même une interdiction légalement prononcée contre une personne (5). Une ordonnance sur cette matière, portée dans les États de l'Église, le 11 mars 1820, mérite une attention particulière par son excessive libéralité (6). Elle porte que tout jugement étranger, intervenu en matière civile entre laïques, sera exécuté sur la réquisition du tribunal étranger et à la diligence de la partie intéressée, si le juge requérant prouve que le jugement est passé en force de chose jugée. S'il s'élève des doutes sur la compétence du tribunal qui a rendu le jugement, le tribunal requis peut demander les éclaircissements nécessaires au tribunal requé-

(1) Hildesse, *Annalen*, l. c. p. 37. — Il a été jugé dans un sens contraire à Mayence, voyez *Von der Nohmer*, l. c. p. 147.

(2) Ainsi jugé par le tribunal de Deux Ponts en 1819. V. Hildesse, p. 49.

(3) Art. 370, qui porte : que les jugements étrangers ne pourront être exécutés que lorsqu'ils auront été déclarés exécutoires par le tribunal de Genève, parties ouïes ou dûment citées et le ministère public entendu. — V. encore un article intéressant de Rossi dans les Annales de législation et de jurisprudence de Genève, v. II, p. 50 et suivantes.

(4) Liv. II, tit. I, art. 2. En voici le texte : « Les jugements rendus par les tribu-» naux étrangers ne seront pas exécutoires dans le royaume, ainsi les questions » décidées par les tribunaux des pays étrangers pourront être débattues de nouveau » devant les tribunaux du royaume. » Ce langage est du moins très loyal.

(5) V. à ce sujet Okey, *Droit d'aubaine de la Grande-Bretagne*. Paris, 1830, pag. 60-66.

(6) Cette pièce est reproduite dans les Annales de Rossi, l. c. p. 65, et dans Toullier, Droit civil, t. X, p. 157. — Nous n'entendons pas du reste approuver sans réserve toutes les dispositions de cette ordonnance.

vant, et, si ces communications ne paraissent pas suffisantes, s'adresser à l'auditeur de Sa Sainteté.

Le tribunal requis donne simplement l'*exequatur*, sans avoir le droit de décider d'après le contenu du jugement. Seulement si un moyen nouveau, qui n'avait pas été produit devant le juge étranger et qui est de nature à modifier la demande, en tout ou en partie, est présenté au tribunal requis, celui-ci doit suspendre l'exécution et donner avis de cette circonstance au tribunal requérant. L'*exequatur* n'est accordé que lorsque les jugements émanés des tribunaux pontificaux sont également valables dans le pays où a été porté le jugement à exécuter. Cette réciprocité est présumée, aussi longtemps qu'il ne s'élève pas de doutes fondés du contraire.

Au milieu de cette diversité d'opinions, les questions suivantes nous paraissent dignes d'être examinées de près.

1° Quel parti doit prendre le juge, requis de déclarer exécutoire un jugement émané d'un tribunal étranger, alors qu'il n'existe sur ce point aucune disposition législative dans son pays ?

2° Quels sont, sur cette matière, les vrais principes qui doivent guider le législateur ?

Si nous examinons les motifs qui ont engagé les législateurs français à se déclarer contre l'exécution des jugements étrangers, nous les trouverons en grande partie non fondés. Et d'abord il est inexact de dire, en thèse générale, qu'un jugement étant une émanation d'un pouvoir public étranger, ne peut exercer aucune influence dans un autre pays que celui où il a été rendu, parce que les actes de souveraineté expirent de la frontière de chaque Etat. Sans doute, un souverain ne doit pas obéissance à un juge étranger ; il ne peut lui-même faire exécuter ses jugements hors de son territoire, il n'aurait pas le droit, par exemple, de priver quelqu'un de sa propriété. Mais il n'est nullement question de cela, lorsque le juge d'un pays est requis par celui d'un autre pays de mettre à exécution un jugement rendu par celui-ci. La manière de voir du législateur français est basée sur une fausse idée du pouvoir judiciaire. Le pouvoir exécutif déclare qu'il protégera celui qui peut invoquer le droit en sa faveur ; le jugement qu'on lui présente sert de preuve, que celui qui a obtenu gain de cause est réellement fondé en droit. Et ce qui

fait qu'on accorde à un jugement une confiance de cette nature, c'est d'abord que les parties ont elles-mêmes soumis leur différend au juge, et que par suite elles doivent être censées s'être soumises aussi à la décision du tribunal; ensuite parce qu'on doit présumer que des hommes, auxquels la loi confie certains pouvoirs, sont à même d'expliquer convenablement les lois, de débrouiller les faits qui ont donné lieu à la contestation et de faire une juste application de la loi; enfin parce qu'un acte basé sur la discussion la plus complète de tous les moyens, et sur la liberté la plus étendue de la défense, est bien certainement propre à manifester la vérité.

Lorsqu'un État fait exécuter un jugement rendu par des juges étrangers, il se fonde sur des présomptions de cette nature, il accorde aux juges, auteurs du jugement, le même degré de confiance qu'il accorde aux siens propres; il les reconnaît également équitables et capables, et il exécute le jugement, non pas parce que le souverain étranger le commande, mais parce qu'il suppose que ce jugement est l'expression de la vérité. En agissant ainsi, cet État est conséquent avec lui-même, car il reconnaît, en vertu du même raisonnement, les actes reçus en pays étranger (1). Celui qui s'est remarié en Angleterre, suivant les lois anglaises, est reconnu comme époux légitime en Prusse; un testament fait par un Autrichien dans le royaume de Wurtemberg, conformément aux lois de ce pays, est tenu pour valable en Autriche. Lorsque, dans un procès pendant devant un tribunal bavarois, il y a lieu de faire entendre, comme témoin, un habitant de Francfort, l'enquête reçue par le juge de Francfort est respectée en Bavière comme document public, et sert de base au jugement.

Les rapports continuels de voisinage, les liaisons réciproques des habitants d'États voisins, demandent la reconnaissance de ce principe du droit des gens (2), d'après lequel un État considère les documents émanés de fonctionnaires publics d'un autre État, comme l'expression de la vérité (3). L'indépendance réciproque des nations n'est nullement mise en question par cette manière d'agir.

(1) Von Kampt *Beitrage zum Staats-und Volkerrechte*, n° 8.
(2) V. aussi Feuerbach, *Thémis*, p. 84
(3) Kluber, *Offentl. Recht des deutschen Bundes*, § 288

Quant à l'argument que l'on prétend tirer du système hypothécaire, il n'est évidemment pas fondé. Un jugement étranger, dit-on, n'est pas plus susceptible d'exécution, qu'un contrat passé hors du pays, n'est susceptible de conférer hypothèque. Il n'y a aucune analogie entre ces deux cas. L'efficacité du système hypothécaire repose sur la publicité, en ce sens, que celui qui veut prêter sur hypothèque, doit pouvoir s'assurer par l'inspection des registres hypothécaires, quelles charges pèsent déjà sur les propriétés de son débiteur; et cette inspection doit lui donner la certitude qu'aucune autre hypothèque, que celle que rapportent les registres, ne prime la créance ou ne vient en concurrence avec elle. Si donc on prétendait accorder de l'efficacité aux hypothèques constituées en pays étranger, il n'y aurait plus aucune confiance à accorder aux registres indigènes (1). Ainsi s'explique, par l'esprit même du régime hypothécaire, comment on ne peut accorder d'efficacité aux hypothèques constituées en pays étranger, tandis que rien ne s'oppose à ce qu'on exécute les jugements de ces mêmes pays.

Si l'on examine, d'un autre côté, les conséquences du principe que les jugements étrangers ne doivent point recevoir d'exécution, on restera convaincu que non-seulement ce principe ne protége pas les indigènes, mais qu'il leur porte même préjudice. Au milieu du développement du commerce et des relations qui en sont la suite, les négociants ne se renferment plus dans les limites étroites de leur pays; leur activité dépasse les frontières. La Hesse vend aujourd'hui du vin à un habitant de Bade; demain elle vendra du lin à Francfort et du blé à un marchand de la Bavière rhénane. Chaque négociation peut donner naissance à des difficultés entre les contractants, et ces difficultés exigent, pour être levées, l'intervention du pouvoir judiciaire. Chacun compte sur l'efficacité du jugement qu'il obtiendra et sur la possibilité d'en faire usage. Le marchand hessois suppose que le jugement rendu à Oppenheim, lieu du contrat, sera exécuté en Bavière, où demeure son adversaire; et, de son côté, le Bavarois, s'il obtient un jugement, espère bien qu'il sera valable en Hesse. Si cependant le principe de la *non executabilité* des jugements

(1) L'argument de M. Mittermaier nous paraît manquer de justesse ; car la publicité pourrait toujours résulter de la transcription sur les registres hypothécaires de la situation des biens. (*Note du Traducteur.*)

étrangers est admis dans la pratique, le négociant évitera de traiter avec des sujets étrangers, ou bien il prélèvera sur le prix des marchandises une somme équivalente au risque qu'il court, par suite de la perspective certaine de ne pouvoir obtenir justice de son acheteur, ou bien encore il aura recours aux formes sévères de la lettre de change. Peut-être enfin la nécessité de protéger ses sujets forcera le gouvernement à recourir à la mesure déplorable de la rétorsion, c'est-à-dire proclamer le principe que l'injustice doit être réprimée par l'injustice. Au lieu des relations fréquentes et de la communauté d'intérêts qui doit naturellement s'établir entre États voisins, naîtra alors insensiblement la méfiance et un système de guerre réciproque.

Si d'un côté nous combattons plusieurs des motifs qui ont fait adopter le système exclusif de la jurisprudence française, il est juste aussi de ne point passer sous silence quelques considérations qui ne sont pas sans importance. Il faut admettre comme principe qu'un État doit autoriser les moyens rigoureux de l'exécution et y prêter main-forte, alors seulement qu'il est convaincu de l'équité du jugement qu'on demande d'exécuter. Cette conviction doit, il est vrai, être basée sur les présomptions ci-dessus rapportées, que le jugement est fondé en droit; cependant il serait injuste de ne pas avoir égard à la grande variété de lois et d'institutions des différents pays et à l'influence que ces institutions et ces lois exercent sur la question de savoir si le jugement est équitablement rendu. La présomption de vérité à cet égard dépend des circonstances suivantes :

1° Il faut que le tribunal dont émane le jugement soit composé de manière à offrir des garanties suffisantes. On doit examiner si la décision n'émane pas d'un tribunal administratif ou d'un juge arbitrairement révocable; si la juridiction d'un tribunal inférieur n'a pas été prorogée, si d'après la constitution du pays le jugement n'est pas l'œuvre d'assesseurs ignorants.

2° Il n'est pas indifférent de rechercher le système adopté en matière du jugement par défaut. Quelle confiance pourrait-on accorder, par exemple, à un jugement émané d'un tribunal qui, d'après la législation qui le régit, doit reconnaître le fondement d'une action par cela seul que le défen-

deur a laissé écouler un délai fatal, et sans qu'aucun recours soit ouvert contre un pareil jugement. Qui pourrait trouver équitable un jugement par défaut rendu dans un pays où règne l'art. 14 du code Napoléon, en vertu duquel tout étranger peut être cité devant les tribunaux français pour des obligations contractées avec un Français en France ou hors de France?

3° Enfin le degré de confiance à avoir en l'équité du jugement dépend aussi du système de preuves sur lequel il est basé. Qui pourrait croire à la justice d'une décision fondée sur la déposition d'un témoin parjure, ou sur serment pur et simple du demandeur?

Admettre en principe que *tout* jugement étranger doit être mis à exécution, c'est s'obliger d'avance à accepter sans examen un jugement émané de ces juridictions rurales où, d'après l'ancienne constitution du pays, six paysans illettrés décident, comme on dit, d'après leur bon sens naturel, tout aussi bien que la sentence d'un cadi turc.

Il est évident que les partisans les plus dévoués du système que nous examinons reculeraient devant de pareilles conséquences. Il serait donc à désirer que les différents États tranchassent la question au moyen de traités basés sur l'examen approfondi de l'organisation judiciaire et du système de procédure du pays dont on considérerait les jugements comme dignes de confiance. C'est le sentiment de Gonner, qui, dans son projet de code de procédure (1), fait remarquer que la matière étant de nature politique, devait être réglée par des traités plutôt que par des codes.

Nous supposons donc que le juge requis de rendre exécutoire un jugement étranger, ne refusera jamais de faire le premier acte qui tend à l'exécution; car dès qu'on admet que l'autorité qui la requiert est réellement une autorité judiciaire légalement organisée dans un État reconnu, et qu'on admet en outre que le jugement a force de chose jugée, la présomption dont nous avons parlé plus haut peut servir de guide au juge.

Mais jusqu'à quel point la partie défenderesse pourra-t-elle encore faire valoir des moyens contre le jugement?

(1) *Motive zur Processordnung*, p. 281.

Pour résoudre cette question, on peut prendre comme point de départ, les données suivantes :

Il y a lieu de refuser l'exécution :

1° Lorsque le défendeur détruit, par ses exceptions, la présomption par suite de laquelle l'État reconnaît le jugement comme juste et équitable.

2° Lorsqu'il prouve que, même d'après les lois du pays d'où émane le jugement, l'exécution pourrait être écartée.

3° Lorsqu'il est établi que le jugement est contraire aux lois d'ordre public de l'État où on veut l'exécuter (1).

La proposition se justifie d'elle-même : le juge n'accorde l'*exequatur* que parce qu'il regarde le jugement comme parfait et inattaquable. Ces conditions dépendent de certaines circonstances, savoir : *a* Que le jugement ait été rendu par un véritable tribunal. *b* Que ce tribunal ait été compétent. *c* Que le jugement ait acquis force de chose jugée. Or, la présomption doit céder à la vérité, lorsqu'il est démontré que le tribunal qui a jugé n'était pas un véritable tribunal, par exemple si la décision n'émane que d'un rescrit de cabinet; ou bien que l'autorité étrangère n'avait pas qualité pour connaître de la contestation : par exemple si un tribunal de commerce avait jugé une affaire civile; ou bien encore que le jugement n'était pas passé en force de chose jugée : par exemple si l'on avait fait usage d'un moyen de droit qui, dans le pays d'où émane le jugement, donnait ouverture à l'appel ou à cassation.

La seconde proposition se fonde sur ce que la partie contre laquelle le jugement a été prononcé ne peut pas, par cela seul qu'il est exécuté en pays étranger, se trouver dans une position pire que celle qu'elle aurait eue, si ce jugement avait reçu son exécution dans le pays où il a été rendu. Par conséquent : 1° toutes les exceptions qui, d'après les lois du pays étranger, empêcheraient l'exécution, doivent être aussi prises en considération par le juge de l'exécutoire. Supposé, par exemple, qu'en Hesse, toute exception de compensation, même tardivement présentée, empêche l'exécution; si l'on demande en Bavière de rendre exécutoire un jugement émané d'un tribunal hessois, le juge devra toujours avoir

(1) V. encore SCHMID, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechts*, p. 140.

égard à l'exception, quoique, d'après les lois bavaroises, elle ne puisse arrêter l'exécution que dans quelques cas déterminés. 2° Tout moyen de droit qui, d'après les lois étrangères, pouvait éviter au défendeur le préjudice de l'exécution doit être pris en considération par le juge requis; par exemple, lorsque la *restitutio in integrum ob nova* suspend l'exécution. Toutefois, comme le juge requis ne peut pas décider lui-même des points de droit qui n'ont pas rapport à la procédure en exécution (1), il suspendra cette exécution et en informera le juge requerant, dont il attendra la réponse (2).

La troisième proposition se justifie par la considération suivante. Un jugement étranger ne peut être exécuté que de la même manière qu'un jugement indigène : le tribunal qui exécute ne peut par conséquent donner au premier une sanction plus forte que celle qu'il eût accordée au second. En effet, il n'agit qu'en vertu des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi, et ces pouvoirs sont limités. En vain objecterait-on que la partie contre laquelle on demande l'exécution s'est soumise aux lois étrangères, et que, par suite du contrat judiciaire, celles-ci doivent seules faire autorité; dans l'esprit du droit romain, la volonté privée est sans influence, lorsqu'elle est en opposition d'une loi d'ordre public (3). Il suit de là, que le jugement étranger ne peut pas être exécuté : *a* lorsqu'on y sanctionne un mode d'exécution qui, bien que permis par les lois étrangères, est contraire à celles du pays où l'on poursuit l'exécution ; par exemple, si, en vertu d'un jugement rendu en France, et prononçant la contrainte par corps, conformément aux lois de ce pays, on voulait exécuter personnellement le débiteur dans un pays de la Confédération Germanique où ce mode d'exécution n'est pas admis; *b* Lorsque le jugement repose sur des rapports de compétence du pays étranger opposés aux principes admis dans le pays où l'exécution est demandée. Ainsi un jugement rendu par un tribunel ecclésiastique étranger en

(1) Gönner, *Handbuch des Processes*, t. III, p. 341 et suiv.

(2) Le moyen proposé ici par M. Mittermaier serait peu en harmonie avec l'organisation de nos tribunaux, qui ne jouissent pas de la spontanéité d'action et doivent être saisis par les conclusions des parties ou les réquisitions du ministère public. (*Note du Traducteur.*)

(3) L. 38. D. *De pactis*.

matière de mariage ne pourrait être rendu exécutoire dans un pays où la loi attribue formellement ces cas au juge séculier. *C.* Lorsque le droit même reconnu en faveur d'une partie par la sentence étrangère, est en opposition a une loi prohibitive du pays où l'on requiert l'exécution: par exemple, si un jugement porte condamnation aux intérêts à 6 p. c, dans un pays où cela est permis et qu'ou veuille l'exécuter dans un pays où cet intérêt est défendu; ou bien encore lorsque le jugement décide un cas de servitude personnelle et que ce genre de servitude est légalement aboli dans le pays où l'on demande l'exécution.

Chaque fois que les circonstances ci-dessus décrites se présentent, le juge peut soumettre a un nouvel examen le jugement étranger.

Si nous passons à l'application de ces principes, nous rencontrons encore des questions qui exigent une solution précise.

I. On demande avec raison : D'après quelles lois jugerat-on la compétence du tribunal étranger? Si l'on répond d'une manière générale : D'après les lois du pays qui a rendu le jugement, on est tout aussi éloigné de la vérité que si l'on dit : D'après les lois du pays où l'on requiert l'exécution.

La question peut se présenter dans deux cas principaux :
1° Lorsque la partie contre laquelle l'exécution est demandée prétend que le tribunal étranger aurait été incompétent, parce que l'affaire ressortissait à un autre tribunal du même pays, par exemple qu'on n'aurait pas cité au lieu du contrat, ou bien que la cause, étant commerciale, aurait appartenu à une autre juridiction. 2° Lorsqu'elle soutient qu'elle n'aurait pas pu, d'après les lois du pays où l'on requiert l'exécution, se soumettre au juge étranger, par exemple si ces lois défendaient toute prorogation de juridiction aux autorités d'un autre pays.

Dans le premier cas, la question de compétence n'est pas de nature à être décidée par le juge requis : la partie doit et peut alors prendre, devant les tribunaux étrangers, les mesures nécessaires pour faire annuler le jugement. Le juge requis ne peut résoudre la question d'après les

(1) SCHMALZ, p. 153

lois de son pays, puisque le défendeur n'a fondé son exception d'incompétence que sur les lois étrangères, et qu'il s'agit de la validité d'un acte passé en pays étranger. D'ailleurs, on ne pourrait jamais dans ce cas décider avec certitude, il faudrait connaître, dans tous leurs détails, les lois et la jurisprudence de tous les États de l'Europe. Or, quel juge du continent pourrait savoir à fond, par exemple, les rapports du *Banc du Roi*, en Angleterre, avec la *Cour de l'Échiquier* ou la *Chancellerie?* Il est beaucoup plus naturel que le juge requis donne suite à l'exécution, jusqu'à ce qu'il soit dûment établi par la partie condamnée qu'elle a intenté à l'étranger une action tendante à annuler la sentence. On comprend facilement qu'une fois cette preuve acquise, l'exécution doit être suspendue : il y a dès lors doute sur l'existence des présomptions de justice du jugement étranger, et le juge attend que ce doute soit levé.

Si, dans le second cas que nous avons posé plus haut (1), le défendeur prétend que, d'après les lois du pays, un tribunal étranger ne pouvait, sous aucun rapport, connaître de l'affaire (2), le juge requis est évidemment renvoyé à ses lois nationales et décide d'après elles. En effet, si l'exception est fondée, l'exécutoire ne peut être accordé ; un semblable jugement étant contraire aux lois d'ordre public auxquelles il n'est point permis aux parties de déroger, on ne pourrait y avoir aucun égard.

Tontefois le principe posé par Feuerbach (3) conduit trop loin. Selon lui, les mêmes présomptions légales d'après lesquelles, suivant les lois de la Bavière, un tribunal bavarois est compétent à l'égard d'un étranger, doivent être admises de la part de la Bavière pour apprécier la compétence des tribunaux étrangers à l'égard des sujets bavarois. En vertu de ce principe, la compétence étrangère devrait toujours être jugée d'après les lois de la Bavière. En voici un exemple : En Bavière, d'après le nouveau projet de loi, le tribunal du lieu du contrat n'est compétent que relativement à l'exécution du contrat et aux dommages-intérêts résulta-

(1) V. Kiliani *Betrachtungen uber das kapitel von der Execution nach dem Baier. Entwurfe* Würtzbourg 1828, p. 33.
(2) Feuerbach *Themis*. p. 93.
(3) Themis, p. 103

mes pour sa non exécution. Or je suppose qu'un Bavarois ait contracté à Stuttgard, et que le contrat contienne une clause résolutoire (*pactum displicentiæ*); comme, d'après les lois du royaume de Wurtemberg, on peut aussi intenter l'action en résolution de la convention dans le lieu où elle a été formée, un jugement pourra y être rendu contre le Bavarois, mais ce jugement ne sera point exécuté en Bavière, parce que, d'après les lois bavaroises, le tribunal de Wurtemberg était incompétent. Cependant le Wurtembergeois n'est point tenu de connaître les lois de la Bavière; il a, en vertu des lois de son pays, acquis par le contrat le droit de citer le Bavarois à Stuttgard; pourquoi veut-on considérer le jugement qu'il a obtenu, comme s'il était émané d'un juge incompétent, et cela uniquement parce qu'il n'est pas conforme aux lois bavaroises? Par cette manière de faire on enlève d'une main ce que l'on a donné de l'autre.

II. Autre question: exécutera-t-on le jugement étranger dans le cas seulement où il est établi qu'il n'existe pas, dans le pays où il a été rendu, des moyens d'exécution suffisants? Le nouveau projet de code bavarois, § 567, exige cette preuve déjà requise dans la loi de 1811 en vigueur aujourd'hui; contrairement à ce qui se pratique aujourd'hui dans les autres États allemands (1). Feuerbach dit, pour justifier cette disposition (2), que l'égalité est le principe fondamental des rapports légaux qui existent entre les États, et qu'un État ne peut exiger d'un autre un sacrifice, dans le seul but de son propre avantage; que d'ailleurs l'exécutoire n'est qu'un secours et que celui qui demande à un autre un service qu'il est en état de rendre lui-même, fait voir qu'il se croit plus haut et plus parfait que lui. Cependant si l'on s'attache au principe que le juge requis à fins d'exécutoire suppose le jugement étranger juste et le considère comme s'il était rendu dans le pays, on ne peut admettre la restriction dont nous venons de parler. Il ne s'agit pas ici d'un acte politique ou d'un acte de complaisance, mais du droit de la partie gagnante qui sollicite l'exécution; il faut lui laisser le choix de l'objet à saisir, puisqu'il connaît mieux que personne les difficultés qui peuvent

(1) *Spangenberg*, dans le Journal de *Linde*, I. c. p. 453.
(2) Thémis, p. 121.

se présenter dans tel ou tel cas, et que d'ailleurs l'ordonnance d'exécution n'assure réellement le crédit que lorsque le poursuivant peut choisir la voie la plus simple. Si l'individu qu'on veut exécuter possède une maison en Hesse, où le jugement a été rendu, mais reçoit en Bavière, où l'on requiert l'exécution, un traitement d'une caisse publique, qui pourrait refuser à la partie victorieuse le droit de choisir la saisie-arrêt plutôt que l'interminable procédure en expropriation forcée?

La restriction admise en Bavière, a pour effet de rendre illusoire, dans la plupart des cas, l'exécution des jugements étrangers; le défendeur ne manquera pas d'alléguer qu'il possède des biens en pays étranger; or, comment décider si ces biens suffisent ou non pour exécuter le jugement? Il faudrait pour cela une négociation en règle et en outre une connaissance exacte des lois étrangères, puisque c'est par ces lois seules que l'on peut juger si l'exécution est possible, par exemple, si les biens ne sont pas grevés d'hypothèques ou s'il n'existe pas déjà des saisies-arrêts sur les créances actives.

III. Faut-il admettre, avec la législation bavaroise, que l'exécution ne peut jamais avoir lieu à l'insu des créanciers indigènes du débiteur et dire en conséquence que les créanciers hypothécaires inscrits ou légalement connus seront préalablement entendus? Nous pensons que non. Feuerbach (1) cherche à justifier cette disposition par le motif que l'exécution d'un jugement étranger doit être limitée par les droits déjà acquis à des tiers; mais on ne peut lui accorder cela sans conditions. D'après le principe que nous avons posé plus haut, le jugement étranger doit être considéré comme un jugement indigène; et par suite toutes les fois qu'à l'occasion de l'exécution d'un jugement il y a lieu de citer des tiers pour qu'ils défendent leurs intérêts, il faut également suivre cette marche lorsque le jugement à exécuter émane d'un juge étranger.

Il est clair que, lorsque les biens immeubles d'un débiteur sont menacés, tous les créanciers hypothécaires inscrits doivent être avertis, puisqu'ils se trouvent, par l'effet de l'in-

(1) Thémis, p. 121.

scription, dans une espèce de communauté; aussi cela a-t-il lieu lors de l'exécution d'un jugement indigène. Mais si l'on va plus loin, on oublie non-seulement le principe sur lequel repose *l'exécutabilité* des jugements étrangers, mais encore la règle de procédure, qui veut que, dans un procès pendant entre plusieurs parties, on ne soit point forcé d'appeler des tiers en cause. Il faut le dire, on n'agit ainsi, que parce qu'on n'ose pas proclamer ouvertement qu'on veut rendre l'exécution difficile pour l'étranger. Dans la loi bavaroise de 1811 et dans le projet de loi de 1825, on s'était borné à dire que les créanciers qui croient avoir un droit égal ou un droit de préférence sur les immeubles désignés pour l'exécution, doivent être appelés en justice; mais le nouveau projet dispose d'une manière générale et conséquemment ne se borne pas au cas où les immeubles seraient menacés; il exige de plus l'appel en cause de tous les créanciers judiciairement connus; ainsi pour saisir un objet mobilier quelconque, à la restitution duquel le débiteur aurait été condamné, il faudrait assigner tous ses créanciers.

On se demande encore : Que faut-il entendre par les créanciers *judiciairement connus*? Sont-ce tous ceux qui ont figuré en justice comme demandeurs contre le débiteur ou seulement ceux qui sont portés comme tels sur les registres publics (1)? Puis, qu'arrivera-t-il si ces créanciers indigènes viennent en cause? il faudra nécessairement un arrangement entre eux, une espèce de distribution par contribution, qui bien souvent rendra illusoire la poursuite de la partie qui a obtenu le jugement et qui cherche à l'exécuter.

IV. D'autres questions se présentent encore : *a*. Lorsque dans un pays où le principe de la réciprocité n'est pas prononcé par la loi, on demande l'exécution d'un jugement étranger, le juge doit-il rejeter la demande, lorsqu'il n'est pas établi que le pays d'où émane ce jugement, exécute à son tour ceux rendus dans le pays où l'on sollicite l'exécution? *b*. Le législateur doit-il faire dépendre l'exécution des jugements étrangers de la condition de réciprocité?

Nous n'hésitons pas à répondre négativement à la première question. Les rapports généraux de droit public ne font point

(1) Kitarl, *Bemerkungen*, l. c. p. 19 26

regarder la réciprocité comme condition indispensable; le principe en vertu duquel on permet l'exécution d'un jugement étranger est fondé sur la présomption de justice qui résulte de tout jugement passé en force de chose jugée. Or, le juge ne peut apporter à ce principe une restriction que lorsqu'il n'y est pas autorisé par les lois de son pays. Quant à la seconde question, nous espérons qu'un temps viendra où des maximes plus larges prévaudront, et où l'on ne se tiendra plus collé au principe étroit et hostile de la réciprocité. Mais nous savons aussi que d'après la manière de voir, qui règne encore aujourd'hui, on regarde la réciprocité comme un moyen de forcer l'État étranger, dont la manière d'agir est illibérale, à se desister de ses prétentions; et qu'on y trouve en outre une espèce de compensation du préjudice que causera à nos sujets la conduite de ce gouvernement, puisqu'en pareil cas le nôtre favorise ses propres sujets aux dépens de ceux dont le gouvernement s'est montré illibéral. Nous ne sommes pas convaincu de la justesse de ces motifs, et nous ne voyons dans toute mesure de réciprocité qu'une injustice en réponse à une autre injustice; il serait plus noble et plus grand qu'un Etat, sans s'enquérir de la manière d'agir de l'État voisin, prît seul l'initiative des mesures libérales, et il est probable que ce bel exemple serait bientôt suivi par l'autre État. Mais, alors même que nous admettrions la réciprocité, nous ne pourrions jamais approuver l'opinion qui exige, comme condition de l'induction du jugement étranger, la preuve que l'État où il a été rendu, exécute à son tour les jugements de l'autre État. Une mesure de ce genre met, sans nécessité, obstacle à l'exécution, et occasionne une preuve ordinairement inutile, car comment l'administrer? On se contente souvent de l'assurance du tribunal requérant, ou d'une attestation de la cour suprême ou du ministère des affaires étrangères du pays dont le jugement doit être exécuté. Mais que prouve-t-on par là? Bien souvent un tribunal, après avoir donné une attestation de ce genre, requiert un autre tribunal de rendre un jugement exécutoire; et celui-ci, sans s'inquiéter de l'attestation, invoque les instructions existantes ou bien met tant de conditions à l'*exequatur*, que son consentement équivaut en réalité à un refus.

D'un autre côté, le ministère de la justice ne prend point

note de l'attestation, de sorte qu'on n'obtient rien. Le plus simple serait de présumer toujours la réciprocité de l'État étranger (ainsi que nous l'avons vu dans l'ordonnance précitée des États pontificaux); ce qui est juste et raisonnable doit se présumer. De cette manière, on ne refuserait l'exécution, que lorsqu'il serait notoire que les lois de l'État étranger ne permettent pas d'y exécuter un jugement rendu dans un autre pays, ou lorsqu'il résulterait de négociations diplomatiques avenues entre les deux États, que le principe de la *non-exécutabilité* est admis dans le pays d'où émane la réquisition.

(*Traduit de l'allemand.*)

SCIENCE LÉGISLATIVE

DE LA PROMULGATION ET DE LA RÉDACTION DES LOIS EN ANGLETERRE

L'ignorance des dispositions de la loi n'en excuse point la violation : c'est un principe reconnu dans la jurisprudence anglaise, ainsi que dans le système juridique de tous les pays. Puffendorf l'explique par un raisonnement qui serait décisif, si le fait dont il s'appuie était toujours constaté. « L'ignorance, dit le célèbre publiciste allemand, aussi bien que l'erreur, en matière de lois et touchant les devoirs imposés à chacun, ne met point à couvert de l'imputation des actions qui en proviennent; *car, quiconque prescrit des lois et des devoirs à ceux qui dépendent de lui doit les leur notifier*, et les leur notifie ordinairement, *en sorte que la teneur de ces lois et les règles de ces devoirs soient accommodées à la portée de leur esprit*. Ceux-ci, de leur côté, sont tenus de s'en instruire avec soin et de les bien retenir. » Après avoir présenté la question sous ce double point de vue, l'auteur ajoute, et certes avec raison : « Que si quelqu'un est cause qu'ils se trouvent là-dessus dans l'ignorance ou l'erreur, *il sera responsable de toutes les actions que cette ignorance ou cette erreur aura produites*. »

Quant aux devoirs du législateur et du gouvernement à ce sujet, voici comment Burlamaqui les détermine : « *Il faut*,

dit-il en parlant de la volonté du souverain, *que* cette volonté SOIT NOTIFIÉE *aux sujets d'une manière convenable, en sorte qu'ils puissent connaître ce que le souverain exige d'eux*, et la nécessité où ils sont d'y conformer leur conduite. » C'est une maxime, dont le même auteur tire le corollaire suivant : « *Le souverain* DOIT *donc publier les lois d'une manière solennelle, claire et distincte* : car, comment pourraient-elles régler les actions et les mouvements des sujets, si elles n'étaient pas connues de ces derniers ? »

Cette doctrine a été reçue par les jurisconsultes anglais, et sir William Blackstone, dont les commentaires sur la législation britannique ont une si imposante autorité, formule ainsi leur opinion. « L'erreur, quand il s'agit de la loi, que toute personne douée de bon sens, non-seulement *peut*, mais *doit*, et même *est censée savoir*, ne sert en aucun cas d'excuse pour son infraction. »

Le savant commentateur pose ici en principe la règle la plus importante du droit pratique, se contentant toutefois de l'énoncer comme un fait absolu, sans preuves, sans explications. C'est ailleurs qu'il en signale l'origine, en disant : « Quand la loi a été prescrite ou notifiée, selon l'usage, c'est l'affaire du sujet que de s'en instruire à fond. » Dans un autre endroit, il va plus loin encore, et s'exprime en termes plus précis sur la nature de ce devoir et sur le motif qui le rend universel. « *Pour que la résolution du législateur*, dit-il, *puisse avoir la validité impérative et le caractère obligatoire de loi, il est indispensable que cette résolution ait été notifiée à ceux qui sont tenus de s'y conformer*. Peu importe la forme qu'on emploie pour faire la notification requise; mais quelle qu'elle soit, *il est toujours du devoir du promulgateur de lui donner la plus éclatante publicité et la notoriété la plus complète*. » En un mot, ce principe est devenu la clef de voûte du système juridique de l'Europe entière, et Puffendorf soutient, de toute la force de son talent, que ni le droit ni la raison ne permettent de punir la violation d'une loi qui n'aurait pas été connue, « personne ne pouvant être condamné devant les hommes *pour avoir violé une règle dont l'intelligence était au-dessus de sa portée*. »

Il résulte des maximes précédentes cette conclusion : que nul gouvernement n'a droit de s'opposer à ce que ses sujets

plaident en leur faveur l'ignorance de la loi, à moins qu'il n'ait pris telles mesures pour la promulgation de la loi enfreinte, que rien, hormis la plus coupable négligence ou la plus criminelle obstination, de la part des accusés, n'eût pu les empêcher d'en acquérir connaissance, et d'éviter ainsi toute transgression.

Nous avouerons cependant, malgré la rigueur logique d'une pareille conséquence, que nous sommes encore bien loin de la croire applicable sans danger dans la pratique, ou fondée, en théorie, sur des principes salutaires; car, si le premier devoir, imposé par la nature même de la société à tous ceux qui en font partie, est la soumission aux lois de la communauté, il est indubitable que la soumission par elles requise doit être absolue. Sans cela, l'obéissance à la loi deviendrait conditionnelle; elle ne serait exigible que pour les dispositions législatives qui auraient été communiquées à chacun individuellement, et ne seraient obligatoires que pour ceux qui les auraient comprises : alors il faudrait créer une catégorie de présomptions, afin de déterminer le degré d'intelligence des coupables et l'étendue de leur instruction dans le code; le fait ne s'accorderait jamais avec le droit, et l'anarchie grandirait comme l'ombre à mesure que la promulgation, ce soleil du monde juridique, s'éloignerait plus ou moins de l'horizon légal d'un pays.

Une observation de Puffendorf, sur un autre sujet, contient, selon nous, l'argument unique dont on puisse se servir pour démontrer le danger d'une pareille interprétation. Voici les paroles de Puffendorf :

« *Si l'on ne supposait cela, du moins dans la sphère du tribunal humain, il n'y aurait point de crime à l'égard duquel les hommes ne trouvassent de quoi* PRÉTEXTER *une ignorance invincible.* »

Une fois l'excuse d'ignorance admise en faveur du coupable, sous prétexte qu'elle aura été justement alléguée, il faudra l'admettre aussi même quand elle ne sera pas sincère. Où s'arrêterait alors l'enquête intellectuelle ? Quel serait le terme de la procédure? Comment l'instruction marcherait-elle à travers le dédale de preuves, de soupçons, de doutes où l'on se laisserait entraîner par l'examen moral du délinquant ? Vraie ou feinte, l'ignorance offrirait un sauf-conduit aux penchants

mauvais : on se livrerait au crime avec assurance, on foulerait aux pieds la justice sans crainte; il y aurait impunité pour tout le monde. Ne serait-il pas avantageux d'ignorer ce qui condamne ? La loi n'indnirait-elle pas elle-même la plus grande partie de la communauté à se maintenir dans une ignorance protectrice ?

Mais quoi qu'on pense de ces divers principes et des raisons qui les justifient, il est un point sur lequel ne saurait s'élever aucun dissentiment: l'obligation du gouvernement et de la législature de faire parvenir à la connaissance de tous et de chacun, de la manière la plus directe et la plus efficace, telles injonctions, ordonnances et mesures que tout sujet sera tenu d'observer. Cette obligation est, sinon supérieure, du moins antérieure, dans la priorité du temps et l'ordre logique de la nature des choses, à l'obligation du peuple d'apprendre et de savoir.

Après avoir entendu de si nombreuses citations, et surtout les graves paroles de Blackstone, après avoir entrevu les difficultés que peut soulever cette question importante, on s'étonnera d'apprendre qu'il n'existe guère de loi pour la promulgation des lois en Angleterre. Le système juridique anglais, il est vrai, admet deux sortes de lois : celles qui émanent du corps législatif et reçoivent le nom imposant de *Statute law*, et celles qui, comprenant les arrêtés, décisions et jugements des cours suprêmes, forment la loi commune, *the common law*. Toutefois, ni le parlement, ni les tribunaux supérieurs ne comptent parmi leurs devoirs la publication de leurs actes, et jusqu'à présent ils y ont songé si peu qu'ils manquent d'organe accrédité pour les notifier d'une manière authentique et souveraine. Si le peuple ramasse quelques lambeaux de législation sans suite et sans rapport entre eux, s'il acquiert connaissance de quelques fragments déchiquetés d'une œuvre faite pour lui, ce n'est pas à la sollicitude du gouvernement ou de la législature qu'il en est redevable, mais aux efforts de personnes sans autorité officielle, et plus souvent à l'esprit de spéculation et d'entreprise commerciale.

Arrêtons-nous d'abord à la législature, afin de mieux suivre les faits dans les preuves de cette assertion. Il y a un proverbe parmi les jurisconsultes anglais, qui, pour être absurde, ne démontre pas moins la haute puissance qu'ils se plaisent à

reconnaître dans le corps législatif. « Le parlement en Angleterre, disent-ils, peut tout faire, excepté un homme d'une femme, ou une femme d'un homme. » Cependant il suffirait d'écouter simplement la raison pour être logique, et le parlement anglais, malgré sa toute-puissance, ne l'a jamais été; car si la notification des lois est la première condition de leur validité, le parlement aurait dû pourvoir au moyen le plus propre d'atteindre son but, dans la promulgation de sa volonté souveraine, et jamais, à ce que nous croyons, il ne s'est occupé d'une semblable disposition. Le savant auteur des *Commentaires*, qui parle de la promulgation comme d'une circonstance essentielle à la validité de la loi, dit, dans le même ouvrage et avec la même gravité, que la promulgation formelle n'est pas nécessaire du tout à un statut du parlement anglais pour qu'il ait force de loi. Nous devons ajouter que, dans le même endroit, il nous donne pour raison « qu'un exemplaire de tout statut est imprimé *d'ordinaire* dans l'imprimerie du roi, *pour l'instruction du peuple entier*. » Toutefois le privilége exclusif de publier cette instruction, que le *peuple entier* doit acquérir sous peine de s'exposer à des risques et périls très-sérieux, est une concession exploitée comme la plupart des monopoles, au préjudice de la morale du pauvre et de la bourse du riche. L'éditeur patenté des publications législatives n'est ni employé du gouvernement, ni officier de la législature, peut-être n'a-t-il jamais exercé les fonctions de greffier dans un bureau de justice de paix; c'est tout bonnement un honnête industriel qui se fait payer à 1,000 p. % de bénéfice le *soin philanthropique de populariser* une branche aussi importante des *connaissances utiles*. Le profit, voilà son but; il subordonne ses opérations aux chances du marché, et celui qui a l'entreprise, par lettres patentes, de l'impression et de la vente des lois, ordonnances, arrêts, édits, réglements et décrets des trois royaumes, n'est sujet à aucune surveillance, et n'a pas plus de contrôle que de responsabilité, quoiqu'on cherchât en vain une différence essentielle entre ce privilége et le droit exclusif d'émettre le papier-monnaie (1).

(1) Note du traducteur. Avant l'invention de l'imprimerie, à la clôture de chaque session du parlement, le roi envoyait une copie des lois passées dans la session à tous les shérifs, avec une ordonnance qui en commandait l'exécution. Dans cette occasion le shérif de chaque comté faisait proclamer les lois nouvelles dans la cour territoriale, où elles demeuraient en dépôt, afin que tous ceux qui auraient besoin ou désir d'en prendre

Ce qui rend plus étrange encore la nature de cette espèce de promulgation affermée, c'est que *les documents ainsi imprimés* dans l'imprimerie royale *ne constatent pas l'authenticité de la loi qu'ils rapportent.* Certes, les magistrats consentent à en entendre la lecture dans tous les tribunaux, chaque fois qu'il s'agit de savoir quelle est la teneur d'une loi fondamentale sur un sujet donné ; mais nulle disposition législative n'en ordonne l'admission, puisqu'on n'y reconnaît aucune valeur intrinsèque. C'est de par leur propre autorité que les magistrats admettent pareilles pièces, et le motif de cette condescendance, tel qu'il a été expliqué par un personnage aussi haut placé que le lord premier baron Gilbert, est vraiment remarquable. « Le *Statute-Book* imprimé, dit cet éminent » jurisconsulte, peut servir à constater l'authenticité des actes » généraux du parlement : *non que les statuts imprimés soient » des copies parfaites et authentiques de ses registres ; mais, » comme tout le monde est censé connaître la loi,* il est per- » mis de citer le témoignage des statuts imprimés, *parce qu'ils » retracent ce qu'on suppose être déjà gravé dans l'esprit de » tout homme.* » D'après l'autorité de cet illustre écrivain, jurés et juges, en vertu de leurs serments et par suite de la présomption de la loi, étaient obligés d'étudier, dans tous les cas, les lois et les résolutions du parlement, ces lois et résolutions n'eussent-elles pas dû être citées dans le cas spécial sur lequel ils auraient été appelés à prononcer. Dans l'action intentée à un jury pour faux verdict, chose maintenant abolie, on aurait pu profiter du témoignage d'un acte général du parlement contre le jury, quoique cet acte n'eût pas été mentionné pendant l'audition de la cause que le jury aurait été accusé d'avoir mal décidée, *« car les membres du jury devaient savoir et entendre toutes les parties de la loi sous la-*

des copies, puissent les avoir. Cet usage dura jusqu'au règne de Henri VII. En France, la promulgation se fait par l'insertion au *Bulletin des Lois* et la publication dans le *Moniteur*. En attendant, si l'on veut remonter à l'origine de ce défaut de promulgation, on pourrait peut-être en reconnaître deux causes assez probables. La première, c'est que dans une constitution représentative, le corps législatif n'est autre que le peuple, qui ne peut pas être censé ignorer les lois qu'il a faites lui-même, tandis que l'on doit encore supposer que chaque bourg ou comté, en envoyant un député au parlement, aura spécialement chargé son mandataire de lui faire parvenir immédiatement le texte de toutes les lois qu'il aura contribué à faire. La seconde raison, c'est qu'il était autrefois d'usage de proclamer les lois à son de trompe. Aujourd'hui encore, en Hollande, les ordonnances municipales se proclament du haut du balcon de l'hôtel de ville, après que le peuple y a été appelé au son des cloches.

quelle ils vivaient. » M. Archbold s'exprime plus sèchement en adoptant la même doctrine : « Quand la copie imprimée » d'une résolution publique du parlement, dit-il, est pro- » duite dans un procès, *ce n'est pas qu'on la produise comme* » *pièce authentique*, mais seulement comme moyen pour » aider la MÉMOIRE de la cour ET du JURY. »

L'extravagante absurdité de la fiction va si loin dans cette matière, qu'elle touche au grotesque. L'ignorance ainsi que la perversité des jurés de la classe inférieure et des campagnes est devenue proverbiale. La scène suivante s'est passée à Westminster un de ces jours derniers : Ayant à prononcer dans une affaire sans importance, et croyant que le procès était intenté dans le but unique de faire gagner les frais à l'avoué du plaignant, le jury résolut de le déjouer, et pria M. le juge Patterson, qui présidait la cour, de dire à combien se monteraient les dépens, dans le cas où il accorderait des dommages-intérêts. On voit bien la parfaite intelligence que cet excellent jury avait *de toutes les parties de la loi sous laquelle il vivait* et d'après laquelle il exerçait ses terribles fonctions. Le juge, un des plus savants jurisconsultes du barreau anglais et un des plus intègres magistrats qui aient jamais siégé dans Westminster-Hall, répondit que, d'après son opinion, il vaudrait mieux et serait plus conforme aux fins de la justice que le jury demeurât dans son ignorance sur ce point. Le jury accorda trois schellings de dommages au plaignant avec l'intention manifeste de le frustrer, c'est-à-dire son avoué, du remboursement des dépens; mais, après cette déclaration, le président du tribunal condamna l'adversaire à payer tous les frais. La loi supposait donc ici que le jury la connaissait; cependant le jury savait qu'il n'en savait rien. Le jury s'adresse à la loi pour qu'elle déclare par son organe immédiat quelle est la loi, et, pour toute réponse, on lui dit qu'il est à désirer que le jury ignore ce que la loi présume qu'il connaît. Le poëte le plus ingénieux n'aurait pas accumulé tant d'absurdité sur un seul point dans la farce la plus exagérée (1).

(1) NOTE DU TRADUCTEUR. Le reproche de l'auteur anglais ne nous paraît pas entièrement fondé. En Angleterre, le jury juge strictement le fait, les résultats de son jugement ne le regardent point : si le jury avait demandé au juge : « La condamnation à des dommages-intérêts entraînera-t-elle des dépens? » il aurait demandé une chose que tout Anglais sait et qu'il devait savoir. En s'enquérant de la *quotité* des dépens,

Mais l'iniquité flagrante, celle dont la législature n'a pas cessé de se rendre coupable jusqu'en 1793, et contre laquelle ne suffirait ni la fidélité ni la notoriété de la promulgation, c'est le système barbare d'après lequel on datait les actes législatifs. Par une autre fiction légale, la session entière du parlement était considérée comme *n'occupant qu'un seul jour*, et comme chaque acte de la session agissait depuis ce *jour-là*, sauf dans le cas où le contraire était prévu, et comme *ce jour était le premier jour de la session*, il résultait de cette doctrine que toute la législation participait plus ou moins du caractère rétroactif des lois *ex post facto*. Cette odieuse injustice fut réparée par un statut passé dans la trente-troisième année du règne de George III, lequel statut ordonne que tout acte pour le commencement duquel on ne signale pas de jour fixe, ne sera mis en vigueur que depuis le jour où il aura reçu l'assentiment royal.

Passons aux tribunaux dont les jugements constituent la *loi commune*, et dont le droit exclusif d'interpréter même les statuts du royaume sur tous les points que la législature n'a pas éclairés de son intelligence souveraine, a de tout temps formé la base de la jurisprudence en Angleterre. Les décisions judiciaires ont été publiées, dès l'époque la plus reculée, avec plus ou moins d'étendue, avec plus ou moins d'autorité et d'utilité. On fait remonter cette coutume au règne d'Édouard II, et jusqu'à celui de Henri VIII elle a été conservée par les protonotaires ou premiers greffiers des cours, lesquels publiaient chaque année les actes de leur tribunal respectif dans un volume appelé pour cela *the Year Book* le Livre de l'Année ou l'Annuaire. Les plaidoiries, les arguments des avocats, et les arrêts des différentes cours de justice ou d'équité, étaient rédigés dans le dialecte barbare des Normands, depuis la conquête jusqu'à la fin du règne d'Édouard III, qui, par une loi fondamentale, ordonna « qu'à l'avenir tous plaidoyers, requêtes, défenses, réponses, répliques, débats et arrêts, seraient prononcés en langue anglaise (1), mais qu'on

il demandait une chose dont l'influence sur son verdict lui était interdite. Le juge a donc eu raison de répondre comme il l'a fait.

(1) Note de l'auteur. Les motifs de cette réforme ne semblent pas avoir été très-philosophiques. « Édouard III, dit Blackstone, ayant employé ses armes avec succès contre les Français, crut inconvenant pour la dignité des vainqueurs de continuer à se servir plus longtemps de la langue d'un pays conquis. »

devait les inscrire et enregistrer en *latin* (1). » Les plaidoiries dans ce temps-là étaient orales; avec l'introduction des discours écrits, on adopta le latin, et on continua de se servir du jargon horrible de la basse latinité jusqu'au règne de George II. Cependant les membres du barreau, habitués au langage de la législation ancienne, prenaient toujours leurs notes en français-normand, et naturellement, lorsqu'on publia ces notes en forme de compte rendu, le dialecte barbare des auteurs et l'effroyable confusion de la lettre-noire ou caractère gothique, durent paraître du grimoire au public; puisque les écoliers eux-mêmes jetèrent plus d'une fois leurs Plowden et Littleton, ces oracles de la vieille jurisprudence britannique, sans avoir le courage de tourner le premier feuillet. Ainsi, quelque avantage que la profession des lois pût trouver dans de pareils logogriphes, il est certain que le peuple n'en retirait pas plus de profit que si de telles publications n'avaient jamais existé. Véritable chaos que cette jurisprudence! Sir Henri Spelman nous en a laissé la peinture, lui qui écrivait dans les beaux jours de la reine Elisabeth; l'auteur du *Glossaire* avoue que le courage faillit l'abandonner lorsqu'il se vit sur le seuil de l'école. « Quand je m'aperçus » de l'étrange idiome des lois, s'écrie-t-il, de leur jargon » barbare, de leur désordre grossier, de cet énorme amas » qu'il fallait soutenir constamment en Atlas, je le confesse, » mon cœur faillit. »

Depuis le temps de Henri VIII jusqu'à l'époque actuelle, la tâche de rendre compte des affaires juridiques a été remplie par plusieurs individus à la fois, lesquels, dit Blackstone, tantôt par précipitation ou négligence, tantôt par erreur ou ignorance, ont publié souvent les versions les plus contradictoires, d'une seule et même décision. Le roi Jacques Ier, cédant aux instances de lord Bacon, nomma par ordonnance royale deux rapporteurs avec de beaux appointements pour publier d'une manière authentique et officielle les actes des cours suprêmes, mais le projet de lord Bacon ne tarda pas à être abandonné, et les comptes rendus des tribunaux suivent le même cours aujourd'hui que lorsque le savant Blackstone

(1) Ce fut sous le protectorat de Cremwell que l'enregistrement cessa de se faire en latin On rétablit l'ancienne coutume, qui dura jusqu'au règne de George II, époque où le latin disparut à jamais des rôles judiciaires

composa ses *Commentaires*. Maintenant, comme de son temps, l'autorité de ces rapports est tout à fait conventionnelle, et dépend entièrement de l'opinion que le barreau a de la capacité et du caractère des rédacteurs. Le nombre de ceux-ci est allé toujours en augmentant, et, chaque matin, on voit paraître trois ou quatre comptes rendus des affaires qui ont eu lieu la veille dans le même tribunal : travail qu'on entreprend et qu'on laisse de côté dans un intérêt mercantile et, par conséquent, particulier, n'ayant d'autre but que le lucre, et suivant pour tout principe le calcul commercial le plus strict. Or, il suffit de jeter un coup d'œil sur les places que ces industriels occupent dans les salles de justice, pour se convaincre de la gravité du mal qui doit résulter de leur nombre excessif; puis, comme leur salaire suit en général la proportion du travail qu'on leur paye par lignes, il faudrait qu'ils consentissent à sacrifier une partie de leurs appointements, déjà bien rognés par ces marchands de l'esprit d'autrui qu'on appelle des éditeurs littéraires, pour que les comptes rendus des tribunaux atteignissent la concision, la netteté lumineuse qui, d'après l'ordonnance du roi Jacques, est l'objet principal et le caractère le plus estimable de ces écrits. Le remède cependant saute aux yeux, et l'application en est si facile, que nous ne désespérons pas de le voir adopter bientôt. Pourquoi n'y aurait-il pas des rédacteurs officiels attachés à toutes les cours suprêmes? Pourquoi la rédaction des actes judiciaires ne serait-elle pas soumise à l'autorité des juges, qui en corrigeraient les erreurs, éclairciraient les doutes, et veilleraient au maintien de l'exactitude et de la vérité? Pourquoi ces ministres de la publicité légale seraient-ils exempts de responsabilité? Pourquoi le public ne recevrait-il pas le premier des enseignements politiques par le canal direct des tribunaux, au lieu de le puiser à la source impure du monopole? Jusques à quand le peuple sera-t-il à la merci d'avares et sordides spéculateurs, pour satisfaire à ce devoir sacré? Le système actuel de publication, à qui profite-t-il? Peut-on obéir à la loi sans la connaître? et sera-t-elle jamais connue, étant ainsi publiée? Ajoutez à cela que, dans l'état présent de la jurisprudence en Angleterre, aucun tribunal n'a un seul livre dont l'autorité décide les questions qui s'élèveraient sur un point quelconque de ses propres usages et coutumes.

En pareil cas, on invoque la science traditionnelle du barreau : car tout livre étant l'œuvre de personnes privées, son autorité s'étend ou se limite, comme nous venons de l'observer, par le degré de confiance que les capacités du barreau attachent au talent, au savoir et à la position de l'auteur.

Outre la promulgation, cette mise en évidence de la loi qui rend inadmissible l'excuse d'ignorance, il est une autre condition essentielle dans le système juridique, la clarté de rédaction, sans laquelle, demeurant incomprise, la loi serait inexécutable. Dans les rapports judiciaires, il suffit de suivre une méthode simple, et d'employer un langage pur, correct, exact · les autres qualités du style sont facultatives, et dépendent du talent et du goût des écrivains. Il ne faut pas s'attendre à cueillir des fleurs sur des rocs battus par la tempête. Le fond de ces compositions ne comporte pas d'ornements; c'est un terrain stérile, que le syllogisme dessèche comme le soleil de l'équateur. On ne doit pas cependant renoncer aux agréments qui peuvent rendre moins laborieux le passage à travers ce sol aride : la précision, la netteté, l'à-propos, aplanissent les difficultés du chemin, et l'abrégent en prévenant les détours.

Mais le style et la méthode dans les actes de la législature ont une importance autrement grave; et cette partie, si négligée jusqu'à present par le parlement impérial de l'Angleterre, est un de ces vices qui réclament une réforme prompte et radicale. Montesquieu, en parlant de la composition matérielle des lois, s'exprime en ces termes . « *Le style en doit être concis.* Les lois des douze tables sont un modele de précision ; les enfants les apprenaient par cœur (1). Les Novelles de Justinien sont si diffuses qu'il fallut les abréger. » Il ajoute dans le même chapitre : « Le style des lois doit être *simple;* l'expression *directe* s'entend toujours mieux que l'expression *réfléchie*. Il est essentiel que les paroles des lois *réveillent chez tous les hommes les mêmes idées*. Lorsque dans une loi l'on a bien fixé les idées des choses, il ne faut point revenir à des expressions vagues. » L'auteur de l'*Esprit des Lois* cite un exemple à l'appui de ses observations sur l'inconvénient de pareilles généralités. « Dans l'ordonnance crimi-

(1) *Ut carmen necessarium*, dit Cicéron. « Comme des vers nécessaires »

nelle de Louis XIV, remarque-t-il, après qu'on a fait l'énumération exacte des cas royaux, on ajoute ces mots, *et ceux dont de tout temps les juges royaux ont jugé*, ce qui fait rentrer dans l'arbitraire dont on venait de sortir. » Ceux qui connaissent la législation britannique y peuvent relever par centaines des amphibologies de ce genre.

La raison de ces principes est irrésistible, la force en a été sentie jusqu'au sein de la cour despotique de Russie. C'est sur ces principes que l'impératrice Catherine fonda la célèbre *Instruction pour la commission chargée de dresser le projet d'un nouveau code de lois*. Les extraits suivants mettent en relief le contraste singulier qui existe entre une théorie rationnelle et le système législatif de la Grande-Bretagne.

« Les lois sont faites pour tous les hommes en général. Tous sont obligés de s'y conformer : il faut donc que tous puissent les comprendre.

» Les lois ne doivent point être remplies des subtilités qu'enfante l'esprit.

» Lorsqu'on fait tant que de rendre raison d'une loi, il faut que cette raison soit digne d'elle.

» Chaque loi doit être exprimée d'une manière qui la rende intelligible à tout le monde, et aussi succinctement qu'il est possible. Ceci exige, sans contredit, que l'on y ajoute, là où il sera nécessaire, quelques éclaircissements ou explications pour les juges, afin qu'ils puissent comprendre et saisir d'autant plus aisément le sens et l'application de la loi.

» On ne saurait toutefois user de trop de circonspection à l'égard de ces éclaircissements, parce qu'en voulant trop éclaircir la matière, il arrive aisément qu'on ne fait que l'obscurcir davantage; ce dont nous n'avons que trop d'exemples.

» Lorsque, dans une loi, les exceptions, limitations, modifications, ne sont point nécessaires, il vaut beaucoup mieux n'en point mettre : de pareils détails jettent dans de nouveaux embarras. »

Quant à la vérité de ces observations, il ne peut y avoir doute; elle est aussi incontestable que l'uniformité constante avec laquelle tous les principes dont elles ressortent sont mis de côté par les législateurs anglais. La simple lecture des lois britanniques fournit une preuve évidente du peu de soin

qu'on a pris de leur composition : en particulier, le langage en est barbare, la disposition embrouillée, les parties monstrueuses, les enlacements infinis ; en général, des mesures exceptionnelles affaiblissent toutes les lois, des décrets spéciaux annulent les statuts fondamentaux, les lois se contredisent les unes les autres : rien n'égale une confusion et un désordre semblables. Le lecteur que sa profession ne condamne pas à lire les pages magnifiques de l'éloquence législative anglaise, aurait de la peine à se faire une idée, fût-elle incomplète, du style oratoire, de la construction grammaticale et de la méthode logique d'un statut même moderne. Pour lui en donner un échantillon, prenons au hasard.

Voici un projet de loi d'une tendance populaire : Du bill pour régler la procédure dans les élections contestées des membres du parlement. Cette loi est connue de tout Anglais qui prend part directement ou indirectement aux élections des représentants de son pays. Elle est appelée l'*Acte Wynner*, du nom du célèbre député qui la proposa. Nous ne donnerons de ce document qu'*une partie* de la première section, où, après avoir exposé la nécessité d'affermir et, sous quelques rapports, d'amender et simplifier les lois existantes sur la matière, on poursuit en ces termes : (N'oubliez pas que cet écrit appartient à la neuvième année du règne de George IV.)

« Qu'il soit donc ordonné par sa très-excellente majesté le roi, par et avec l'avis et le consentement des lords spirituels et temporels et des communes, dans le présent parlement assemblés, et par l'autorité dudit parlement que le*dit acte* passé dans la dixième année du règne de sa feue majesté le roi George III, intitulé : *Acte* pour régler les procédures dans les cas où les élections ou renvois de membres (*controverted returns* (1)) pour siéger au parlement seraient attaqués ; comme aussi *un acte* passé dans la onzième année du règne de sa feue majesté, intitulé : *Acte pour expliquer et amender un acte* fait

(1) Note du traducteur. *Controverted returns*. Il est impossible de traduire exactement cette expression en français. Voici quel en est le sens : quand un membre doit être élu, un mandat (*writ*) est adressé, au nom du roi, au shérif, pour qu'il ait à envoyer les électeurs *tel jour* afin de procéder à l'élection. Le shérif y préside, et l'élection terminée, il *renvoie* (*returns*) le *writ*, en y insérant le nom du membre élu. C'est pourquoi on ne dit jamais qu'un tel a été élu (*elected*) dans tel comté ou tel bourg, mais qu'il a été renvoyé (*returned*) pour tel bourg ou tel comté, et quand l'élection est attaquée par la chambre, c'est le renvoi (*return*) du shérif que l'on attaque.

dans la dernière session du parlement, intitulé *Acte* pour régler les procédures dans les cas où les élections ou renvois de membres pour siéger au parlement seraient attaqués; comme aussi *un* acte passé dans la quatorziéme année du régne de sa feue majesté, *intitulé : Acte pour rendre perpétuels deux actes* passés dans les dixème et onziéme années du régne de sa majesté régnante, afin de régler les procédures dans les cas où les élections ou renvois de membres pour siéger au parlement seraient attaqués; comme aussi *la partie d'un acte* passé dans la vingt-cinquième année de sa feue majesté, intitulé, *Acte pour limiter la durée des inscriptions et examens (Polls and scrutinies* (1)), *et pour faire d'autres règlements encore* au sujet de l'élection des membres destinés á siéger au parlement pour des lieux situés en Angleterre et dans le pays de Galles, ainsi que pour Berwik sur la Tweed, et pour lever tout obstacle qui pourrait survenir par défaut de renvois de membres devant siéger au parlement, en ce *qui a rapport* à la nomination d'une commission chargée de prendre en considération les pétitions de toute personne prétendant avoir eu le droit de voter, ou *avoir été* en position de *devoir être* déclarée légalement élue, dans le cas où le writ délivré pour l'élection d'uo ou de plusieurs membres devant siéger au parlement n'anrait pas été renvoyé le jour ou avant le jour auquel le writ aurait dû être renvoyé; ou bien dans les cinquante-deux jours à compter du jour de la date dudit writ, dans le cas où ledit writ aurait été délivré pendant une session ou une prorogation de parlement, ou quand le retour ne sera pas conforme á l'ordre contenu dans le writ, *ainsi qu'aux* avis qui devront être donnés des séances de cette commissiou, et *à la manière* dont l'examen de telles petitions devra être réglé, et *au mode* d'aprés lequel les parties en position d'être déclarées élues pourront attaquer tout shérif ou fonctionnaire préposé aux élections, *dans le cas* où ladite commission aurait décide que ce shérif ou fonctionnaire aurait malicieusement retardé ou négligé, ou refusé de faire le renvoi en temps utile ; *comme aussi un acte* passé dans la vingt-huitiéme année du règne de sa feue majesté, intitulé : *Acte pour régler plus exactement* les procédures dans

(1) NOTE DU TRADUCTEUR. *Polls and scrutinies. Poll* est l'acte d'écrire son vote sur le registre des élections, car on sait qu'en Angleterre il n'y a point de scrutin, les voix se donnent à découvert, *scrutiny* est l'examen fait par le shérif du droit de chaque électeur à donner sa voix.

les cas où les élections ou envois de membres pour siéger au parlement seraient attaqués, *excepté pour autant* que ledit acte *abroge la partie d'un acte* passé dans la seconde année du règne de sa majesté le roi George II, intitulé : *Acte* pour réprimer plus efficacement la corruption en matière d'élection de membres pour siéger au parlement, *qui déclare* que seront réputés légalement nuls tous les votes qui auront été reconnus comme, par la dernière décision de la chambre des communes, et que cette dernière décision concernant son comté, ville, bourg ou lieu quelconque, sera définitive ; comme *un acte* passé dans la trente-sixième année du règne de sa feue majesté, intitulé : *Acte* pour donner de l'extension aux dispositions de *certains actes* du parlement, faits pour régler les procédures dans les cas où les élections ou renvois de membres pour siéger au parlement seraient attaqués; comme aussi *un acte* passé dans la quarante-deuxième année du règne de sa feue majesté, intitulé : *Acte* pour régler plus exactement les procédures dans les cas où les élections ou renvois de membres pour siéger au parlement seraient attaqués, et pour abréger la procédure; comme aussi *un acte* passé dans la quarante-septième année du règne de sa feue majesté, intitulé : *Acte pour faire revivre et faire rendre perpétuel*, ainsi que *pour amender* un acte fait dans la quarante-deuxième année de sa majesté régnante, afin de régler plus exactement les procédures dans les cas où les élections ou renvois de membres pour siéger au parlement seraient attaqués, et pour abréger lesdites procédures; comme aussi *dans un acte* passé dans la quarante-septième année du règne de sa feue majesté intitulé : *Acte* pour amender *plusieurs actes* faits pour régler les procédures dans les cas où les élections ou renvois de membres pour siéger au parlement seraient attaqués, *pour autant que ces actes se rapportent à l'Irlande, la partie qui décide* que l'ordre de prendre en considération toute pétition relative aux procédures, dans les cas où les élections ou renvois de membres pour siéger au parlement seraient attaqués, n'aurait pas été exécuté avant l'expiration de vingt-huit jours avant que ladite pétition aura été présentée à la chambre des communes, parce que *la somme exigée par un acte* fait dans la vingt-huitième année du règne de sa feue majesté, intitulé : *Acte* pour régler plus exactement les procédures dans les cas où les élections ou renvois de mem-

bres pour siéger au parlement seraient attaqués, n'aurait pas été consignée dans les mains du président de la chambre, conformément aux dispositions dudit *acte* ; comme aussi *un acte* passé dans la cinquante-troisième année du règne de sa feue majesté intitulé : *Acte* pour amender et rendre plus efficaces les lois sur les procédures dans les cas où les élections ou renvois de membres pour siéger au parlement seraient attaqués, — *soient* par la présente abrogés (1). »

Il faudrait plus que de la patience pour lire en entier un document écrit dans ce galimatias. Moins la poésie, c'est la confusion dont l'auteur du *Paradis Perdu* parle, quand il dit du brouhaha de l'enfer : « Une étrange et universelle rumeur de sons sourds et de voix confuses née du creux des ténèbres. »

Ce ne serait pas tâche difficile que de signaler les causes principales de ces nombreux outrages faits de tous temps par les législateurs anglais, soit à l'autorité du bon sens, soit à la pureté de la langue. Certes, on doit s'attendre à trouver des majorités peu capables de remplir dignement leurs fonctions délicates dans une législature où les portes sont ouvertes par la naissance ou la fortune. L'ignorance et l'intérêt peuvent seuls expliquer des fautes aussi grossières. Un des avocats les moins respectueux envers toutes les vieilles institutions existantes en Angleterre, Blackstone, a fait sur ce sujet la remarque suivante :

« En vérité, on ne saurait trop s'étonner qu'il n'y ait pas de métier, d'occupation, d'art ou de science, sans quelque méthode regardée comme indispensable ; et la science de la législation, la plus noble et la plus difficile de toutes, est seule exceptée de cette règle générale. Chaque métier industriel ou mercantile exige un apprentissage; de longues études et une vaste lecture sont nécessaires au théologien, au médecin, à l'avocat, qui suit la pratique des lois; mais il suffit à un homme de posséder une grande fortune pour se croire né législateur. »

(1) NOTE DU TRADUCTEUR. Nous avons traduit ce morceau avec autant d'exactitude qu'il a été possible. Le problème était de lui conserver son caractère amphigourique, sans toutefois le rendre absolument incompréhensible. Le but de cette disposition est d'abroger un grand nombre d'actes du parlement et certaines dispositions de quelques autres, tandis que, pour plus grande exactitude, tous les actes ainsi abrogés en tout ou en partie, sont successivement désignés par leurs dates et par les titres que l'on a continué de donner en Angleterre aux actes du parlement.

Tout homme qui est possesseur d'une grande fortune a sans nul doute ses raisons pour penser de la sorte. Les membres de la chambre des lords ne sont-ils pas nés législateurs? Cela est vrai à la lettre. La possession d'une grande fortune n'est-elle pas une condition *sinè quâ non* pour entrer dans la chambre des communes? Sans naissance, point de droit, sans fortune, point de chance. Le génie, le talent, la science, la vertu, rien n'offre la moindre compensation, rien ne saurait suppléer à la richesse. Le candidat qui voudrait obtenir les suffrages de ses compatriotes aurait beau réunir la pénétration d'Aristote, la sagesse de Platon et l'éloquence philosophique de Cicéron, il aurait, comme Bacon :

> Joint dans un même esprit ce trio surhumain,
> Platon, le Stagyrite et l'Orateur romain;

sa vaste intelligence embrasserait l'immense étendue de toutes les combinaisons idéologiques; son imagination irait toujours au-devant des pensées les plus sublimes; sa compréhension serait secondée par la science illimitée, prodigieuse de Burke, s'il est sans fortune, il n'aura pas l'honneur d'être admis dans la législature. Un Anglais, avec dix fois plus de qualités qu'il n'en faut pour être un grand homme, eût-il en sa faveur le vote unanime de l'univers entier, s'il manque de la *qualification de propriétaire* requise par la loi, sera laissé dans la foule des hommes qu'on compte et qu'on ne nomme jamais; il appartiendra toujours à la glèbe : *Plebis erit.* Mais le hasard, par un de ses caprices, le rend-il, comme dit le statut, « possesseur *de* ou ayant droit *à* une propriété allodiale, ou emphytéotique, sa vie durant, en droit ou équité, en terres, fermages ou héritances, d'une valeur annuelle nette, en sus et en dehors de toutes charges et reprises, de 600 liv. st. » oh! alors la taupe se fait aigle; celui qui s'est endormi misérable ilote se réveille noble législateur. Sa capacité s'élargit tout à coup, son aptitude n'est plus en question. On dirait le prodige de la vieille fable d'Antée; le contact de la terre lui refait une existence nouvelle :

> Hoc quoque tam vastas cumulavit munere vires
> Terra sui fœtus, quod cum tetigêre parentem
> Jam defecta vigent renovato robore membra.

D'un autre côté, si nous voulions considérer les fâcheuses conséquences d'un système qui accorde à nos grands propriétaires terriers le privilége souverain de faire la loi, on y verrait entre autres la cause du penchant de cette loi à favoriser leurs intérêts, et les efforts constants de toutes les législatures pour repousser les innovations. On connaît l'égoïsme avoué, la haine que portent à toute réforme les législateurs inféodés de l'Angleterre : voilà les traits principaux qui signalèrent leur caractère dès les premières époques de l'histoire légale de ce pays. Personne n'ignore la résistance qu'ils ont opposée sans cesse au projet d'abolir les substitutions, et de faire rentrer ainsi les propriétés territoriales dans le commerce. Les Anglais doivent cette amélioration, indispensable pour la prospérité d'un peuple civilisé, à la décision des tribunaux. Sous Édouard IV, les juges prononcèrent, dans le cas célèbre de Taltarum, un arrêt qui peut être considéré comme le rappel direct de la loi, déclarée si souvent. par les législateurs, perpétuelle et invariable. Si l'on doutait encore de l'ignorance des grands propriétaires terriers de la Grande-Bretagne, ignorance qui, avec quelques exceptions rares, est et a toujours été générale en tout, et qui est et a toujours été absolue en matière de législation, il n'y aurait qu'à citer le témoignage irrécusable de leur avocat. Cet aveu lui fut arraché par l'évidence, puisqu'il ne pouvait nier ce qui frappait tout le monde, et qu'il ne révélait aucun secret en écrivant que, *de son temps, les nobles d'Angleterre étaient plus dépourvus de connaissances sur les lois et la constitution de leur propre pays que ceux du reste de l'Europe.* Il constate donc un fait, lorsqu'il remarque que les nobles et les riches propriétaires de la Grande-Bretagne entrent dans la vie publique *sans aucune instruction des lois du pays, et certes, sans presque la moindre occasion de s'en instruire.* Cependant cette classe, ainsi renommée pour son universelle et excessive ignorance des lois et de la constitution, a été en possession du droit de donner des lois et de modifier la constitution, droit dont elle a exercé la plus grande partie dans tous les siècles, et que souvent elle s'est exclusivement arrogé.

Les résultats d'un pareil état de choses sont faciles à calculer. Blackstone, dont nous nous plaisons à invoquer si

souvent l'autorité, dit, en termes précis, que « les maux qui ont résulté des changements inconsidérés de nos lois sont trop palpables pour les mettre en question, et qu'il est digne de l'attention publique d'examiner jusqu'à quel point on doit les attribuer à l'éducation défectueuse de nos sénateurs. Il sied mal à un membre de la législature, s'écrie-t-il, de voter une loi nouvelle quand il ne connaît pas l'ancienne. Comment peut-il interpréter un texte auquel il est étranger? »

Nous n'entrerons pas ici dans une discussion qui touche sans doute à notre sujet, mais qui demande plus d'espace que nous n'en avons. Nous nous contenterons de laisser à d'autres le soin d'examiner les avantages ou inconvénients de la distribution des pouvoirs politiques faite par la constitution anglaise. Que la prérogative de dicter des lois à une grande nation reste le droit exclusif de ceux qui, *omnium assensu et confesso*, manquent de toutes les conditions nécessaires pour bien remplir leur tâche, soit[1] mais si ce pouvoir immense ne peut être confié qu'aux hommes qui l'ont exercé jusqu'à présent, il nous sera permis au moins de nous plaindre qu'ils ne songent pas à s'instruire. L'amour-propre de ceux qui sont exclus de l'exercice de cette prérogative souveraine n'a même pas été ménagé, comme du temps des plus célèbres législateurs. Ceux-ci, bien que jouissant de l'estime et de la vénération de leurs compatriotes pour leur savoir, leur prudence et leur vertu, présentaient leurs codes comme l'œuvre d'une intelligence supérieure; ils appuyaient leur autorité morale d'une sanction surhumaine. Minos prétendait que ses lois lui avaient été dictées par Jupiter, son père. Avant de promulguer les siennes, Lycurgue consulta l'oracle d'Apollon, et déclara qu'elles n'étaient que les réponses de ce dieu. Numa vécut retiré dans la grotte de la nymphe Égérie, pour donner au peuple romain, au nom de celle-ci, la constitution qui devait produire le plus grand bien-être du plus grand nombre. Il n'y a pas jusqu'à Mahomet, qui nonobstant son éloquence et ses victoires, ne crût devoir encore recommander à l'admiration de ses partisans le Coran, en le proclamant comme une législation sanctionnée par l'ange Gabriel. Les législateurs anglais, au contraire, se sont toujours vantés d'être les seuls auteurs des lois de leur pays; et en cela, les dieux et l'ange Gabriel doivent leur savoir gré,

car il y a de quoi donner un démenti solennel à celui qui s'aviserait d'attribuer ces œuvres à la plus imbécile des divinités.

Toutefois, le mal le plus grave, c'est l'obstination du parlement à cumuler loi sur loi, sans songer à une réforme sérieuse. La multitude d'actes, leur discordance, les minuties presque imperceptibles dont ils s'occupent, sont une vraie calamité pour le pays. Il n'y a pas au monde de système législatif qu'il soit plus urgent de revoir que le système britannique. Depuis son commencement, et il a commencé à la conquête des Normands, les faits, usages et coutumes, masse indigeste de mœurs et d'opinions sans suite et sans rapport, occupent la partie principale de notre code, incompatible par cela même avec les progrès de la civilisation. La féodalité, morte depuis l'établissement des communes en Europe, plane encore comme une ombre sur la législation actuelle des Anglais. Quand on n'entend partout que le langage mathématique des intérêts, les lois britanniques parlent encore le jargon de la métaphysique des écoles. Si l'on osait aujourd'hui plaider quelques-uns des usages qui devraient avoir force de loi devant les tribunaux, comme étant la loi même, la nature et le bon sens pourraient s'en révolter. L'opinion vraie ou supposée d'un juge inconnu doit-elle être admise on rejetée comme un précédent légal? Cependant cette opinion sur la foi d'un rapporteur officieux a dû être souvent suivie comme loi. Ainsi, par exemple, il a été posé en règle, de tout temps, au moins depuis l'introduction de la féodalité, que si un homme, étant enfant unique, achetait un fonds en fief simple et mourait, sans laisser d'enfant, du vivant de son père, le père ne pourrait pas hériter de son fils, parce que le fonds, d'après lord Coke, étant *une chose lourde*, doit suivre l'impulsion de la gravité, et ne peut par conséquent prendre une direction opposée à celle du centre de la terre Il doit descendre, et ne peut monter. Le latin dont se sert ce profond jurisconsulte nous semble trop en harmonie avec la pensée pour en priver nos lecteurs : *Descendit itaque jus*, dit-il, *quasi ponderosum quid deorsum cadens et nunquam reascendit.* Sans doute, c'est la solidité du raisonnement de milord Coke qui a soutenu pendant huit siècles cette loi barbare et contre nature.

Mais, quelque absurde qu'elle soit, l'application des prin-

cipes physiques de la gravité, bien ou mal entendus, au système légal n'est pas aussi ridicule que la dialectique de Dyer. Ce juriste a fait, d'une double identité, une fourche dont il joue d'une manière admirable, en retournant le même individu, et le présentant tantôt d'un côté, tantôt d'un autre. L'argumentation est vraiment un modèle; jugez-en :

Sir James Hales et sa femme étaient tenanciers conjoints pour un terme d'années. Or, par décision prononcée sous le règne d'Élisabeth, après de longs et solennels débats, si un tenancier conjoint commet un suicide, toutes ses propriétés mobilières deviennent une régale de la couronne. Or sir James « voulut chercher son salut » dans l'eau, et le verdict le déclara *felo de se*, formule consacrée en Angleterre pour déclarer le suicide. Le bail ne survivant pas en faveur de la veuve, la part de celle-ci était entraînée par celle du défunt, et par conséquent appartenait au roi. « Le suicide, dit le lord grand juge Dyer, est un acte, lequel acte est toujours l'acte d'un homme vivant, et commis dans la plénitude de sa vie. Sir James Hales est mort; mais comment est-il mort? On peut répondre : — Noyé. — C'est bien; mais qui l'a noyé? — Sir James Hales. — Et quand s'est-il noyé? — Quand il était vivant. — Donc sir James Hales vivant causa la mort de sir James Hales défunt; donc l'acte de l'homme vivant fut la mort de l'homme noyé. Or il est raisonnable de punir le crime dans l'homme vivant, non dans l'homme mort. Mais comment cela peut-il se faire? Comment sera-t-il puni vivant celui dont la mort le soustrait au châtiment? Cela ne peut être autrement qu'en confisquant le titre et propriété des choses qu'il possédait dans le temps de sa vie, dès le moment où il commit l'acte qui produisit sa mort.

Le Clown de la farce n'est pas plus plaisant quand il raisonne et dit : « Si je me noie, *scilicet* sachant que je me noie, je fais un acte, » ni Argal débitant ses réflexions en philosophie et s'écriant. « Celui qui se donne la mort s'ôte la vie. »

Un critique observe que l'argument de Dyer devait être connu de Shakspeare; car il semble que le raisonnement du fossoyeur dans la tragédie de Hamlet n'est qu'une parodie de la logique du lord grand juge. Si le critique dit vrai, le poëte cette fois-ci a été vaincu par le juge : au juge la marotte d'honneur. Cependant les exemples d'une pareille jurispru-

dence, fondée sur des raisons aussi convaincantes, étaient alors si nombreux, qu'il y aurait de la partialité à établir une exception en faveur de ce magistrat.

C'est à ce manque de révision périodique des lois, sans laquelle la plus belle constitution vieillira toujours avant le temps, c'est à cette absence de mouvement qui laisse les meilleures théories en arrière des besoins progressifs de la société, qu'il faut attribuer aussi l'introduction des mensonges ridicules qu'on a décorés du nom de fictions légales. Le nombre en est si considérable, que le travail de toute la vie suffirait à peine pour débrouiller ce chaos d'anecdotes imaginaires, ces charades impossibles, ces hypothèses absurdes qui étaient les moyens employés tous les jours pour administrer la justice. Avant d'assigner devant la cour de l'échiquier un débiteur, il fallait au créancier se déclarer lui-même débiteur de la couronne, et, bien que ce mensonge fût la base de la juridiction de ce tribunal, la loi n'admettait aucune preuve à propos d'une telle déclaration. De la même manière, pour poursuivre un débiteur par-devant la cour du banc du roi, le créancier était obligé de l'accuser d'attaque violente, et, l'ayant amené sous la juridiction de cette cour par l'artifice d'une calomnie infâme, il avait le droit de le contraindre au payement de la dette par le moyen d'une nouvelle fiction. Le nombre des fictions s'accrut d'une manière si générale, qu'il en résulta une assertion qui, malgré le nom de maxime de loi, dont on l'a couverte, contient une fausseté monstrueuse. Il fut admis en principe que « l'équité consiste dans la fiction du droit, » et l'on vit surgir ce système de plaider, d'après lequel personne ne savait ce qu'il avait à soutenir ou à combattre, l'erreur la plus imperceptible suffisant pour contre-balancer et subvertir toutes les circonstances d'un procès.

Nous n'aurions rempli notre tâche qu'à moitié si nous nous bornions à signaler le mal sans indiquer au moins quelque remède. Déjà plusieurs réformes partielles ont fait disparaître une foule de vices de la législation anglaise. Mais il est nécessaire que la réforme soit générale, et que son action réparatrice maintienne la loi dans son état perpétuel de toute-puissance. Au lieu de galvaniser un cadavre ou de couvrir de chair morte les os vermoulus d'un squelette, il vaut mieux posséder la force et la fraîcheur d'un être vivant. A quoi ser-

vent des connaissances qui ressemblent plutôt aux jongleries des charlatans qu'à la science des philosophes? Pourquoi ce jargon mystérieux, qui jure contre tout principe de grammaire et de bon sens, de bon goût, d'analogie et d'équité?

Pour remédier à tous ces maux, nous proposerions de créer un comité de jurisprudence et de législation. Ce comité ne serait investi d'aucun pouvoir législatif ou judiciaire; il aurait pour but unique de présenter au parlement, de temps en temps, les suggestions et renseignements dont celui-ci aurait besoin pour s'acquitter de ses devoirs comme il convient à sa dignité. Quant à la composition du comité, il ne peut y avoir la moindre difficulté, on le formerait d'anciens juges. Si, comme cela doit arriver bientôt, on abolit la juridiction d'appel de la chambre des lords, dont l'existence comme tribunal est une parodie grotesque de la justice, les individus qui sortiraient de la chancellerie trouveraient la plus noble occupation à leurs loisirs en contribuant avec leur expérience à l'amélioration des lois, auxquelles ils sont redevables de l'*otium cum dignitate* dont ils jouissent. On conserverait ses appointements au juge qui, en faisant valoir ses droits à la retraite, passerait au comité. Le comité compterait aussi parmi ses membres quelques grands officiers de l'État, qui en seraient membres *ex officio* pendant la durée de leurs fonctions : le lord chancelier, par exemple, l'orateur ou président de la chambre des communes, le président des bureaux dans les deux chambres, le ministre de l'intérieur et les avocats de la couronne. On pourrait y adjoindre un nombre peu considérable d'avocats distingués non-seulement par leurs connaissances juridiques, mais aussi par leur instruction dans les principes de l'art d'écrire. Si l'on y attachait un ou deux membres de chaque parti de la chambre des communes pour faciliter les communications entre la législature et le comité, enfin en comprenant les employés nécessaires pour l'expédition du travail matériel, cet établissement serait complet.

Le comité devrait débuter par la présentation d'un modèle pour servir de patron à tous les actes futurs du parlement. Puis il formerait un digeste complet et méthodique des lois existantes, soit judiciaires, soit *statutoires*.

Si chaque bill, avant d'être proposé à la législature, était soumis à l'inspection du comité, on obtiendrait deux avan-

tages fort importants, d'abord toute l'étendue du vice qu'on voudrait extirper serait dûment constatée, ensuite le remède pourrait être appliqué plus opportunément et d'une manière plus efficace.

Enfin une autre fonction, et non la moins importante du comité, serait l'épuration du Livre des statuts : il en publierait une édition nouvelle, d'où serait élagué tout ce qui a été rappelé ou qui est tombé en désuétude. Pareil service serait rendu au public, si l'on excluait du digeste judiciaire authentique du comité, les décisions abrogées par des décisions postérieures ou les précédents que des résolutions souveraines de la législature ont complétement annulés. Il est impossible de ne pas éprouver une noble satisfaction en songeant aux bienfaits que ce plan produirait. Le mal n'est donc pas désespéré, et cette conviction est déjà une amélioration; car on est à moitié guéri dès que l'on connaît le remède.

(*Monthly Chronicle.*)

BIBLIOGRAPHIE.

THÉORIE DE LA PROCÉDURE CIVILE;

PAR M. BONCENNE (1).

Le premier volume de la Théorie de la procédure par M. Boncenne, contenant l'*introduction*, a paru en 1828; deux autres volumes ont paru successivement en 1836 et en 1837, et tout récemment, l'auteur vient de publier la première partie du 4e volume. Cet ouvrage a été accueilli avec tant de faveur, qu'avant même qu'il fût terminé, il a fallu publier une seconde édition du premier volume qui a paru en 1838.

La *Théorie de la procédure* n'est certainement pas un livre sans défauts; M. Boitard, qui s'était également livré à une étude approfondie de cette science et dont les leçons ont été publiées plus tard, après sa mort (2), a signalé, dans la *Revue de législation et de jurisprudence* (3), plusieurs propositions erronées qui avaient déjà été relevées dans la *Thémis belge*, en 1828 (4), mais cet ouvrage n'en reste pas moins le meilleur de tous ceux qui aient été publiés jusqu'à ce jour, sur la procédure civile. Sous le rapport de l'utilité pratique, le Commentaire de *Carré* restera peut-être supérieur à la Théorie de M. Boncenne, mais sous le rapport de la doctrine celui-ci ne souffre aucune comparaison. Il traite la procé-

(1) Bruxelles, Société Belge de librairie, Hauman et Ce 3 vol. grand in-8o, à 2 col.
(2) *Code de procédure civile*, Leçons de feu Boitard Paris, G. Thorel, 1837 3 vol in-8o. Une nouvelle édition de cet ouvrage paraîtra prochainement à la Société Belge de librairie, Hauman et Ce
(3) Tome Ier, pp 185—201
(4) Tome IV, pp. 417—424.

dure d'une manière entièrement neuve et la replace réellement au rang de science qu'elle aurait toujours dû occuper. Sa manière est large et élevée; il expose, avec la plus grande lucidité, la raison et les motifs de chacun des principes de la procédure; il les prend à leur origine, en remontant à l'idée première d'où est sortie la nécessité des formes judiciaires, et les suit dans tous leurs développements théoriques et historiques *jusqu'à la consécration qui en a été faite par notre législation moderne*. Sans négliger positivement les détails, il s'attache surtout à établir les bases fondamentales de la procédure; on ne trouvera peut-être pas dans son ouvrage la solution de toutes les innombrables questions que peut faire naître l'application du code, mais quiconque l'aura suivie attentivement dans ses brillants exposés et dans ses développements théoriques et historiques, ne peut manquer d'avoir une idée complète et satisfaisante de la loi, et ne sera jamais embarrassé dans son application, parce qu'il aura pour guide des principes sûrs et expliqués avec la plus grande lucidité.

Veut-on se faire une idée de la manière dont l'auteur présente la doctrine et réhabilite en quelque sorte la science de la procédure? qu'on s'arrête d'abord à l'idée générale qu'il en donne, dans son premier chapitre;

« Quand l'esprit de propriété s'introduisit dans le monde, l'intérêt se développa, l'industrie créa des besoins et des arts, l'homme eut des lois.

« Les mœurs, les transactions civiles, tout était simple encore; seulement l'équité naturelle se changea en justice exacte, et l'autorité de la raison en droit positif.

« Chez les peuples actifs, riches, entreprenants, au sein desquels la civilisation fit éclore ces combinaisons infinies qui agitent et croisent tous les intérêts, les lois se multiplièrent successivement pour embrasser les relations diverses des individus avec la société, et celles des individus entre eux.

« Les lois civiles, considérées en elles-mêmes, sont des abstractions, des principes inanimés qui ne peuvent être mis en action que par leur application aux circonstances pour lesquelles ils ont été établis.

« Il leur faut donc des voix vivantes, s'il est permis d'ainsi parler, qui les appliquent et les fassent exécuter.

« Dans les premiers âges qui suivirent le régne barbare du droit du plus fort, lorsqu'un débat s'élevait sur quelque possession, il est naturel de croire que les chefs de famille, les amis, les voisins, intervenaient ou étaient appelés pour le terminer, et que l'administration de la justice se bornait alors à ce naïf usage.

« Mais la législation, en s'étendant, devint plus compliquée, la connaissance de toutes ses régles, de toutes ses distinctions, exigea des études profondes, suivies, et une expérience consacrée; les juges furent institués.

« Les juges sont les organes de la loi Ils ne font pas le droit, ils le déclarent. Ils en sont les dispensateurs et non les maîtres.

« Si les jugements étaient une opinion particulière du « juge, on vivrait dans la société sans savoir précisément les « engagements qu'on y contracte (1). »

« L'établissement des juges dut conduire à la nécessité d'un régime judiciaire qui donne à tous l'accès des tribunaux, la faculté de s'y faire entendre, et des garanties contre les surprises, les erreurs, l'arbitraire ou la faveur.

« Ces garanties se trouvent dans la méthode et les formes de procéder. Cette méthode, ces formes n'étaient dans l'origine que des précautions imaginées pour un petit nombre d'événements prévus; les législateurs les ont multipliés, à mesure que leur prévoyance plus éclairée a pu calculer les efforts des passions et les ruses de la mauvaise foi.

« Une maxime d'éternelle justice veut que nul ne soit condamné s'il n'a pu se défendre; c'est l'idée dominante qui se développe, s'étend et se ramifie dans tous les détails des règles de la procédure.

« Si la faveur d'une demande légitime réclame simplicité et célérité dans les formes, celui que l'on poursuit ou que l'on accuse, injustement peut-être, doit y trouver protection et sûreté.

« Si la prolongation des luttes judiciaires est un mal, une imprudente promptitude nuit à la recherche des titres, à la découverte de la vérité et au droit de défense.

« Il ne faut pas donner à l'une des parties le bien de l'autre

(1) *Esprit des lois*, liv. II, chap. 6.

« sans examen, ni les ruiner toutes les deux à force d'exa-
« miner (1). »

« Tels sont les intérêts qu'un système de procédure doit concilier; de là ces réglements où les détails sont mesurés suivant la nature des affaires, l'éloignement ou la position des parties; de là ces présomptions légales, comme dans la loi civile, ces prescriptions, ces déchéances sans lesquelles un procès, triste héritage, serait transmis de génération en génération.

« Le repos des familles et de la société tout entière se
« fonde, non-seulement sur ce qui est juste, mais encore sur
« ce qui est fini. »

« Cependant, un tumulte de voix s'est élevé contre les abus qui se sont glissés dans la pratique de la procédure. On est à peu près convenu d'appeler les officiers de justice les suppôts de la chicane, la forme l'hydre de la chicane, et le palais l'antre de la chicane.

« Les hommes n'ont rien créé de parfait; le ciment de leurs institutions n'a jamais été à l'épreuve de la filtration des abus qui pénètrent, comme en toutes choses, dans un régime judiciaire. Mais ce serait une grande erreur que de croire qu'ils tiennent essentiellement au système de la procédure, puisque son but est de les prévenir : ne taxons pas les lois d'imprévoyance à cet égard. Il y avait beaucoup d'abus autrefois; l'expérience a mis à nu tous les points sur lesquels ils ont laissé quelques empreintes; ni les codes, ni les règlements de discipline ne manquent de précautions et de sévérité contre les négligences ou les prévarications de tout ce qui concourt à l'administration de la justice; c'est aux magistrats de les surveiller et de les réprimer (2). »

Qu'on lise ensuite ce qu'il dit, au chapitre IV de l'introduction, en parlant du plan de l'ouvrage :

« Je trouve, dans un article de l'instruction donnée, en 1807, pour les écoles de droit, l'esquisse du plan que j'essayerai de suivre dans cet ouvrage. « L'enseignement des
« matières positives consiste moins à faire connaître les textes
« qui sont entre les mains de tout le monde, qu'à bien déve-

(1) *Esprit des lois*, liv. 29, chap. 1.
(2) *Théorie de la procédure*, t. 1, 5.

« lopper les principes généraux sur lesquels ces textes sont « appuyés. Un étudiant aura beaucoup profité dans ses cours, « s'il en rapporte une bonne méthode pour étudier, pour « entendre la loi et pour en faire une juste application. »

« En effet, l'étude de la procédure n'offrira que des mots et des formules à retenir, elle ne produira qu'une tendance à la subtilité et une malheureuse confusion du juste et de l'injuste, si les premiers pas dans la carrière ne sont éclairés par ce développement des principes généraux, et dirigés, de conséquence en conséquence, jusqu'aux règles de détail, qui s'expliquent alors d'elles-mêmes, et semblent, s'il est permis de le dire, se revêtir de leur utilité.

« Pour la procédure surtout, l'enseignement doit marcher du *connu* à l'*inconnu*. Il serait imprudent de franchir les idées intermédiaires et de les laisser derrière soi, sans les avoir soigneusement explorées. Il faut s'arrêter souvent pour indiquer des origines, donner des définitions et fixer des points de reconnaissance. Les définitions sont comme les sondes que les navigateurs ont toujours à la main, lorsqu'ils s'avancent vers des bords ignorés.

« Cette méthode peut présenter de l'intérêt et de la variété, sans admettre de frivoles distractions et sans donner à l'enseignement une étendue démesurée. Si je ne me trompe, quelques recherches historiques sur les anciennes formes, un coup d'œil sur les usages pratiqués chez nos voisins, des rapprochements adaptés avec sobriété à l'explication des titres du Code qui semblent les provoquer, peuvent relever, par une sorte d'attrait, l'étude de la procédure, répandre sur ses fins un jour favorable, et faire mieux apprécier les réformes et les améliorations qu'elle doit aux leçons du passé. *cognito uno, cognoscitur et alter* (1). »

M. Boncenne ne s'est pas trompé : sa manière d'exposer la théorie de la procédure et d'en expliquer les principes n'est pas seulement savante et lucide, elle est encore attachante et capable d'inspirer aux étudiants un vif intérêt pour cette science jusqu'à présent si décriée.

La Société Belge de librairie *Hauman et Cie.*, qui vient de faire paraître le premier volume de l'ouvrage de M. Bon-

(1) *Théorie de la procédure*, t. 1er.

cenne, comprenant les deux premiers de l'édition française, a apporté un soin tout particulier à cette publication. Les changements que la législation belge a apportés au code de procédure civile ont été indiqués en notes, ainsi que le dernier état de la jurisprudence de la cour de cassation et des cours d'appel de Belgique, sur les différentes questions traitées par M. Boncenne, et une conférence avec les meilleurs traités de procédure civile, tels que ceux de *Carré*, de *Pigeau*, de *Berriat-St-Prix*, de *Chauveau*, etc. L'extrait suivant, du VIIe chapitre de l'*Introduction*, relatif à l'organisation judiciaire de la Belgique avant la révolution, pourra donner une idée de l'importance des annotations ajoutées à l'édition française.

« Les premières institutions judiciaires de la Belgique, dues aux mêmes causes que celles de la France, présentent peu de différence avec celles-ci. Les assemblées générales du peuple, les plaids des comtés, les jugements des échevins et les plaids ou cours seigneuriales s'y retrouvent sous la même forme. L'établissement des communes créa la juridiction des bourgeois. Dès le treizième siècle, les magistrats communaux, composés d'*échevins* et présidés par un chef et sémonieur sous le nom de *Mayeur*, *Bailly*, *Ecoutète*, ou *Amman*, partageaient avec les seigneurs féodaux le privilége de rendre la justice. La juridiction des échevins prit successivement plus de stabilité et de régularité; ses limites ne furent cependant jamais déterminées d'une manière uniforme; elles étaient plus ou moins étendues dans les différentes provinces, selon que l'autorité du souverain et la prépondérance de la noblesse y étaient plus ou moins affermies.

« Les relations hiérarchiques existantes entre les vassaux et les suzerains durent donner la première idée des *appels* en matière judiciaire. La soumission du vassal au tribunal de son suzerain entraîna la subordination du jugement émané de ce vassal à l'arrêt de la cour supérieure de son suzerain, et ainsi de suite jusqu'au souverain. Dès les temps les plus reculés, les ducs et comtes des différents États dont se compose la Belgique, rendaient la justice assistés de leurs vassaux immédiats. Cette juridiction supérieure et souveraine, d'abord irrégulière et sans fixité, fut ensuite organisée en tribunaux et cours permanents, institués pour juger les appels des

jugements rendus par les seigneurs et les communes. L'établissement des cours souveraines en Belgique date du quinzième siècle et de l'époque de la réunion des différentes provinces sous la souveraineté de la maison de Bourgogne. Charles le Téméraire tenta de plus d'instituer une cour suprême qui jugeât en dernier ressort les appels de tous les corps de judicature du pays. C'est dans cette vue qu'il fonda à Malines, en 1473, le siége de cette juridiction centrale sous le titre de *Grand Conseil*. Mais les cours de justice des provinces auxquelles avait déjà été reconnu le privilége de juger souverainement et sans appel firent une opposition constante et opiniâtre à ce projet, et jamais le Grand Conseil de Malines ne put acquérir cette suprématie générale qui avait été le but de son institution.

« Les corps judiciaires se composaient donc, jusqu'à la fin du siècle dernier, d'un *Grand Conseil* siégeant à Malines; d'un *Conseil* ou *Cour Souveraine* siégeant au chef-lieu de chaque province; de tribunaux de district ou d'arrondissement siégeant aux chefs-lieux de ces arrondissements sous le nom de *Bailliages*, *Prévôtés et Châtellenies*, et, enfin, des magistratures locales des différentes communes.

« Les offices de judicature de district, représentant les anciennes juridictions seigneuriales ainsi que les magistratures locales, connaissaient de toutes les actions réelles relatives aux biens situés dans leur ressort; tous les actes de juridiction volontaire relatifs aux mêmes biens devaient être passés devant eux. Dans quelques provinces, ils connaissaient également, surtout dans les chefs-lieux, des causes criminelles. Le chef de cette magistrature, bailli, châtelain, ou prévôt, était spécialement chargé de veiller au maintien du bon ordre et de la police, et de poursuivre la punition des crimes et délits. Quelques tribunaux de district rendaient la justice souverainement et sans appel; mais, le plus souvent leurs jugements étaient soumis à l'appel, savoir : pour les juridictions locales, au tribunal du chef-lieu du district; et, pour ceux-ci, au conseil de la province. Quelquefois aussi, comme en Brabant, c'était également à ce conseil que se portaient directement les appels des juridictions subalternes.

« Les cours des provinces, qui représentaient ces anciennes cours féodales des comtes ou ducs de la province, connais-

saient de l'appel des juridictions inférieures. Elles statuaient en outre souverainement et sans appel sur toutes actions personnelles et criminelles. Elles étaient composées, en général, d'un président, d'un nombre déterminé de conseillers, qui variait de 6 à 16, d'un avocat fiscal, procureur général ou mambour, remplissant les fonctions de ministère public, de greffiers et de secrétaires. Dans quelques provinces, le gouverneur, bailly ou maréchal était le chef de la cour, mais ses fonctions n'étaient qu'honorifiques; il n'avait pas de voix délibérative; le président était le seul semonieur de la cour. A Mons, cependant, le grand bailly pouvait intervenir aux délibérations; à Bruxelles il n'y avait qu'un président qui portait le titre de chancelier du Brabant. Dans la composition de la plupart de ces tribunaux, on retrouvait encore les distinctions des trois ordres de la nation : il y avait des *conseillers ecclésiastiques*, des *conseillers nobles*, nommés aussi *conseillers de robe longue* ou *chevaliers de cour*, et des conseillers laïques, qualifiés *conseillers de courte robe*, choisis respectivement dans le clergé, la noblesse et le tiers état.

« Tous les corps de justice se recrutaient eux-mêmes, en vertu du privilége qui leur avait été accordé de présenter à chaque vacature un terme ou liste triple de candidats, parmi lesquels le souverain était obligé de choisir. Le conseiller ou avocat fiscal était toujours nommé par le souverain, et les greffiers et secrétaires par les cours elles-mêmes.

« Le premier de ces conseils de justice était celui de Malines, qui portait le titre de *Grand Conseil*. Il avait, outre les attributions communes aux conseils des autres provinces, la juridiction souveraine sur les chevaliers de la Toison d'or et autres personnes priviligiées. Il connaissait de plus des appels des conseils de Flandre et de Namur qui, seuls, n'étaient pas souverains.

« Quelques-uns de ces tribunaux avaient anciennement participé à l'administration; ils étaient en même temps conseils de justice et de gouvernement. Mais, dès le milieu du seizième siècle, ils perdirent, au moins en droit, cette attribution qu'ils continuèrent cependant à exercer de fait malgré les efforts des gouvernements généraux.

« Une dernière voie était ouverte au plaideur qui avait

succombé dans tout ou partie de ces juridictions; c'était la *proposition d'erreur*. Le prince, sur cette requête, ordonnait la révision du procès par-devant le conseil qui avait jugé en dernier ressort, augmenté de huit juges choisis parmi les autres tribunaux ou les docteurs en droit de l'université de Louvain.

« Il existait encore quelques juridictions exceptionnelles et spéciales, telles que celle du *Prevôt de l'hôtel*, magistrat attaché à la cour du gouverneur général, siégeant à Bruxelles et connaissant de tous les délits commis par des vagabonds et gens sans domicile fixe; il avait sous ses ordres un assesseur et une compagnie d'archers, qui remplissait les mêmes fonctions que remplit aujourd'hui le corps de la gendarmerie. Le *Drossart de Brabant* avait, pour cette province, les mêmes fonctions, les mêmes attributions que le prévôt de l'hôtel pour tout le pays. Le *Tribunal de l'Amirauté* siégeait à Ostende et connaissait de toutes les difficultés relatives aux prises et autres affaires maritimes. Les *Tribunaux des domaines, de la foresterie, etc.*, connaissaient des délits forestiers et de tout ce qui se rattachait aux domaines de l'Etat.

« Les membres de ces différentes juridictions ordinaires ou extraordinaires n'étaient pas payés par l'État, ou n'en recevaient qu'un traitement assez modique; mais ils percevaient sur les plaideurs des droits considérables sous le nom d'*épices*, qui leur formaient un revenu beaucoup plus important que celui des premiers fonctionnaires actuels de l'ordre judiciaire.

« Les affaires ne s'instruisaient que par écrit, et sans publicité. Les jugements n'étaient pas motivés.

« En Belgique, comme en France, une tentative de réforme monarchique précéda celle réalisée par la révolution. Par plusieurs réglements datés du 3 novembre 1786, Joseph II réforma d'abord toute la procédure, tant civile que criminelle; puis, par un diplôme du 1[er] janvier 1787, il décréta une nouvelle organisation judiciaire uniforme pour tout le pays. Tous les conseils de justice, les tribunaux ecclésiastiques, les siéges seigneuriaux et les juridictions extraordinaires furent supprimés. Des tribunaux de première instance furent établis dans les différents districts de chaque province; deux conseils d'appel furent institués, à Luxembourg pour

les tribunaux de cette province, et à Bruxelles pour ceux de toutes les autres provinces; enfin, un conseil souverain fut établi à Bruxelles pour statuer en dernier ressort sur toutes les affaires jugées en première instance et en appel par les siéges inférieurs. Ces tribunaux devaient connaître, chacun dans le degré de juridiction qui lui était assigné, de toute espèce d'affaires sans distinction de leur nature ni de la qualité des parties.

« Mais, de même qu'on ne vit, en France, dans les édits de 1788 qu'un moyen d'anéantir l'opposition des anciens corps judiciaires, on ne considéra, en Belgique, le diplôme de 1787 que comme une atteinte aux priviléges de la nation et la manifestation d'une tendance à l'absolutisme. Les réformes méditées par l'empereur s'étendaient d'ailleurs en même temps à l'administration civile et aux affaires ecclésiastiques. L'opposition qu'elles soulevèrent fut tellement vive et générale qu'elle amena presque immédiatement une révolution, dont le résultat fut de rétablir toutes les anciennes institutions. En France, le mouvement fut tout différent. L'opposition se contenta d'abord de faire retirer les édits; mais, quand vint la révolution elle-même, ce fut pour renverser totalement l'ancien ordre de choses et reconstruire tout un nouveau système d'administration de la justice (1). »

(1) *Théorie de la procédure*, tome Ier, pp. 44—45

DU PROJET DE LOI

SUR

LA COMPÉTENCE EN MATIÈRE CIVILE.

Bientôt nos chambres auront à s'occuper d'un projet de loi ' ayant pour objet de modifier les règles de la compétence en matière civile; ce projet, qui peut être envisagé comme un essai pour entrer dans la voie progressive des réformes, est de la plus haute importance, et c'est sans doute aux préoccupations politiques seules qu'il faut attribuer, s'il n'a pas fixe davantage l'attention des jurisconsultes. En pareille matière, le législateur ne saurait être entouré de trop de lumières; nous avons donc cru faire une chose utile en présentant quelques observations, dont le projet nous a semblé susceptible. Nous allons suivre article par article le travail de la commission de la chambre des représentants, qui peut être considéré comme une édition revue et amendée du projet ministériel.

ART. 1er.

« Les juges de paix connaissent de toutes les causes purement personnelles et mobilières, sans appel, jusqu'à la valeur de 100 francs, et à charge d'appel jusqu'à la valeur de 200 francs. »

Le projet du gouvernement proposait de faire statuer par les juges de paix en dernier ressort, jusqu'à 150 francs, somme qui, dans le système du code civil, sert de limite à l'admissibilité de la preuve testimoniale, et à charge d'appel jusqu'à 300 francs. La commission réduit ces chiffres à 100 et 200 francs, se contentant ainsi de doubler le taux primitif.

L'élévation du chiffre adopté par la commission se justifie

par la seule dépréciation du numéraire; mais n'y a-t-il pas d'autres faits, dont il faut tenir compte, tels par exemple, que la diffusion des lumières, et une instruction plus générale et mieux donnée. Aujourd'hui, les justices de paix, on n'en saurait disconvenir, sont bien mieux remplies qu'en 1790 et même qu'en 1810 et en 1820; ces magistrats, de nos jours, méritent une confiance bien plus étendue, et tel qui alors n'eût pas consenti à leur faire juger un procès dont l'objet n'excédait pas 50 francs, s'en rapporterait maintenant volontiers à leur décision quand il s'agirait d'une valeur sextuple. Autrefois les sujets capables faisaient faute, aujourd'hui le gouvernement n'a que l'embarras du choix; qu'il se détermine d'après la capacité et la moralité des candidats, qu'il ne prête pas l'oreille aux sollicitations importunes, qu'il repousse surtout les recommandations intéressées de certains grands seigneurs, qui cherchent à se créer un moyen d'influence par la nomination des magistrats inférieurs, et qui encore aujourd'hui sont flattés de voir administrer la justice aux manants, dans une des salles de leur château et par un de leurs gens (1), que le gouvernement, disons-nous, fasse abstraction de toute considération étrangère, qu'il cherche franchement à faire de bonnes nominations, et l'on pourra, sans aucun danger, élever le taux du premier ressort à 150 francs, et celui du dernier à 300 francs.

Les chiffres proposés par la commission sont ceux admis en France par la loi du 25 mai 1838; mais n'aurait-on pas dû se rappeler qu'en France, dans la plus grande partie des cantons ruraux, l'aisance est loin d'être aussi grande qu'en Belgique, et que dans la plupart des départements, la somme de 100 francs est bien plus considérable pour le paysan français que celle de 150 pour le campagnard belge. La différence dans la richesse relative justifierait sans doute une différence dans le chiffre de la loi.

Et puis un des motifs qui engagèrent le législateur français à abaisser le taux à 100 et 200 francs, est l'amovibilité des juges de paix, motif qui n'existe point chez nous, puisque les *juges de paix* n'y sont pas plus révocables, que tous au-

(1) Ceci n'est pas une pure hypothèse, nous connaissons tel canton, où ce que nous exprimons ici sous la forme d'une crainte, s'est pleinement réalisé au grand scandale de tout ce qu'il y avait d'hommes éclairés et indépendants dans les environs

tres juges. Cette inamovibilité est d'ailleurs une garantie de plus qu'on trouvera toujours des hommes capables pour remplir ces fonctions, surtout lorsque les appointements auront été majorés, d'après l'intention déjà exprimée des chambres et du gouvernement.

On craint que la conciliation ne soit plus qu'un objet accessoire, si l'on étend outre mesure la juridiction de ce magistrat, plutôt amiable compositeur que juge ; mais sons ce rapport le but de l'assemblée constituante a été manqué ; et en effet les fonctions de conciliateur, le magistrat ne saurait les tenir de la loi ; c'est la confiance seule des parties qui peut l'en investir ; tel tribunal de premiere instance, telle cour termine chaque année par conciliation, un assez bon nombre de procès, tandis qu'il est bien rare de voir se former une transaction dans la plupart des bureaux de paix ; l'intervention du bureau de paix est forcée, le ministère de conciliateur de sa nature doit être libre. Rien au surplus n'empêchera d'augmenter le nombre des juges de paix là où le besoin s'en fera sentir ; mais ce besoin, on ne l'éprouvera que bien rarement, car quiconque a un peu l'expérience des affaires judiciaires, sait que ce ne sont pas les causes civiles qui aujourd'hui occupent les juges de paix, et si l'on faisait un relevé par canton des procès civils dont l'objet n'excède pas 300 francs, on serait en général étonné de l'exiguité de leur nombre. Ce qui aujourd'hui occupe presque exclusivement ces magistrats, c'est l'exercice de la police judiciaire, ce sont les informations, auxquelles ils procèdent sur délégation des magistrats instructeurs ; or, ces occupations, qui supposent un tout autre genre de capacité et rentrent dans une autre spécialité, devraient être attribuées à un magistrat particulier, qui remplirait en même temps les fonctions du ministère public auprès de la justice de paix dans les affaires de simple police, et dans les affaires civiles intéressant les mineurs ou communicables de tout autre chef.

La création de cette nouvelle magistrature est plus nécessaire, les services qu'elle rendrait sont plus grands, qu'on ne le pense ; le juge de paix, qui à la campagne est aujourd'hui essentiellement et avant tout, agent de la police répressive, auxiliaire tantôt du procureur du roi, tantôt du juge d'instruction, rentrerait dans sa sphère naturelle. Outre quelques

actes de juridiction gracieuse, il n'aurait à s'occuper que des affaires contentieuses; l'expérience qu'il acquerrait bientot de ces sortes d'affaires, les études spéciales auxquelles il pourrait se livrer, offriraient une nouvelle garantie aux justiciables.

L'institution des fonctionnaires dont nous parlons, et qui auraient quelque rapport avec nos anciens baillis, présenterait encore un autre avantage, celui de décharger aussi les bourgmestres de la majeure partie des travaux qui leur incombent comme officiers de police judiciaire, travaux qui viennent parfois les distraire de leurs fonctions administratives déjà si difficiles et si multiples, et auxquels ils n'apportent presque jamais les connaissances ni le zèle nécessaires. Il leur suffirait dorénavant de saisir les premiers indices du délit, d'en prévenir le magistrat instructeur, qui, étant à proximité, se rendrait incontinent sur les lieux et recueillerait sans délai tous les éléments de conviction. De la sorte, les procédures s'instruiraient mieux et plus promptement. La création de la magistrature sur laquelle nous avons cru devoir insister en passant, offrirait donc les plus grands avantages, en même temps qu'elle ferait évanouir un des arguments les plus spécieux qu'on oppose à l'extension de la juridiction des juges de paix; et qu'on ne dise pas que cette extension aurait pour résultat de faire surgir auprès des justices de paix une classe de praticiens, d'avocats de campagne, qui aujourd'hui heureusement n'encombrent plus leur prétoire; cette crainte nous semble chimérique ou tout au moins exagérée, la procédure sommaire admise devant les justices de paix, le mince bénéfice qu'un praticien peut réaliser, même sur une cause dont l'objet est de 300 francs, ne nous semblent pas un appât suffisant pour attirer beaucoup de gens d'affaires, à une époque surtout où la liberté et le développement de l'industrie promettent une existence aisée à quiconque se sent quelque aptitude. Le souvenir des avocats de campagne se rapporte à un temps où il n'y avait presque point d'autres carrières ouvertes à la jeunesse que l'Église et le barreau; alors, faute de mieux, on se faisait homme d'affaires, et l'homme d'affaires trouvait un aliment même devant les juridictions inférieures, dans l'interminable complication des procédures. D'ailleurs, avec un peu de fermeté, le juge de

paix pourra toujours mettre un terme aux chicanes que seraient tentés d'employer certains fondés de procuration. Qu'on n'appréhende pas non plus de voir les tribunaux de première instance livrés à l'inaction; outre un très-petit nombre de siéges, dont deux ou trois pourraient être supprimés sans inconvénient, les tribunaux de première instance ont presque tous un surcroît de besogne; en les déchargeant d'un certain nombre de causes, on ne fera que donner à leurs membres le temps indispensable pour se livrer à l'étude de la théorie, étude si utile aux magistrats qui commencent leur carrière. Ce qu'on ne doit point perdre de vue non plus, c'est qu'outre le jugement des affaires civiles, les membres des tribunaux de première instance ont un grand nombre d'autres devoirs à remplir, tels que l'expédition des affaires correctionnelles, les instructions criminelles, les ordonnances de la chambre du conseil, les ordres, les homologations, etc., et si dans certaines localités le personnel des tribunaux se trouvait trop nombreux, rien n'empêcherait de le réduire; tel tribunal chef-lieu pourrait peut-être sans inconvénient être porté seulement à 7 au lieu de 9 membres, tandis que dans tel autre arrondissement il en faudrait 6 au lieu de 3. Le gouvernement pourra toujours proposer aux chambres les modifications qu'exigera le bien du service, en ne perdant point de vue que ce qui importe aux citoyens, ce n'est pas le nombre, mais la qualité des juges qui doivent statuer sur leurs intérêts(1). Ajoutons, pour terminer sur ce point, que le chiffre de 150 et de 300 francs, porté primitivement au projet français, n'avait donné lieu à aucune objection sérieuse de la part des cours du royaume, et avait même été formellement approuvé par celles de Bastia, Orléans, Amiens, Besançon, Caen, Colmar, et par la cour suprême. (V. le *Commentaire* de la loi du 25 mai 1838, par Giraudau, p. 61.)

(1) Nous regrettons que le gouvernement n'ait pas encore publié pour la justice civile des tableaux statistiques semblables à ceux qui accompagnent le rapport ministériel sur l'administration de la justice criminelle. Ces derniers nous eussent mis à même de discuter avec plus de certitude l'objection de rapporteur de la commission dont nous nous occupons ici. Cependant nous persistons à croire, d'après la connaissance personnelle que nous avons acquise de ce qui se passe dans plusieurs siéges, qu'en élevant de 100 francs de plus le taux du premier ressort de la juridiction des juges de paix, on n'aura pas à craindre en général le désœuvrement des tribunaux de première instance dans quelques-uns de ceux-ci, cette modification pourra contribuer efficacement à diminuer l'arriéré presque effrayant qui surcharge leurs rôles.

Outre ces considérations générales, la rédaction de l'article premier donne lieu à une observation qui n'est pas sans importance. Pourquoi le projet porte-t-il : les causes purement personnelles et mobilières, tandis que la loi française, en substituant la disjonctive *ou* à la conjonctive *et*, paraît mieux en harmonie avec l'aticle 2 du code de procédure, portant que la citation, en matière purement personnelle ou mobilière, doit être donnée devant le juge de paix du défendeur. Quelle bonne raison, d'ailleurs, peut-on alléguer pour refuser au juge de paix la connaissance des actions purement mobilières, réelles ou mixtes, dont la valeur n'est pas supérieure à celle des actions personnelles dont le jugement lui est déféré? (V. Dalloz, t. III, p. 283. Carré, t. II, p. 283, et Favard, Justice de paix, n° 2.) Pourquoi les rédacteurs de notre projet qui, sans doute, avaient sous les yeux l'œuvre du législateur français, n'ont-ils pas, à l'exemple de ce dernier, tranché une question qui fut longtemps controversée? On a droit d'en être d'autant plus surpris que le rapporteur de la commission, interprétant sans doute la loi du 24 août 1790, alors qu'il ne croyait que la transcrire, dit : que cette loi (art. 9, tit. 3) autorisait les juges de paix à connaître de toutes les causes purement personnelles *ou* mobilières sans appel jusqu'à la valeur de 50 livres, et à charge d'appel jusqu'à 100 livres.

ART. 2.

« Ils connaissent des demandes en payement d'intérêts, d'arrérages de rentes, de loyers et fermages, lorsque le capital réuni aux intérêts formant l'objet de la demande, ou le montant des loyers ou fermages pour toute la durée du bail, n'excèdent pas les limites fixées par l'article précédent. »

ART. 3.

« Ils connaissent des mêmes demandes à quelque valeur que le capital ou le montant des loyers ou fermages pour toute la durée du bail, puisse s'élever, lorsque le montant des intérêts, des arrérages, des loyers ou fermages formant l'objet de la demande, n'excède pas leur compétence et que le titre n'est pas contesté. »

Ces dispositions nous semblent préférables à celles de l'article 3 de la loi française, d'abord parce qu'elles n'étendent pas indéfiniment la compétence du juge de paix en matière de fermages, mais la renferment dans une juste mesure ; pourquoi, en effet, lui permettrait-on de connaître d'une demande ayant pour objet par exemple six années de fermages de 200 francs par an, faisant ainsi 1,200 francs, somme considérable dans les campagnes et dont la demande, alors même que le titre ne serait pas contesté, peut être combattue par toutes sortes de défenses, dont l'appréciation peut présenter d'assez graves difficultés? Ensuite la disposition du projet est plus complète que la loi française, en ce qu'elle s'étend non-seulement aux fermages, mais aussi aux arrérages des rentes qu'on a eu raison de mettre sur la même ligne.

Cependant la rédaction du projet ne me semble pas assez claire, je voudrais remplacer ces deux articles par la disposition suivante :

« Ils connaissent des demandes en payement d'intérêts, » d'arrérages de rentes, de loyers et de fermages, dont l'objet » n'excède pas les limites fixées par l'article précédent, si le » titre n'est pas contesté.

» Si, au contraire, il y a contestation sur le titre, ils ne » connaissent de ces mêmes demandes, que pour autant, s'il » s'agit d'intérêts ou arrérages, que leur somme jointe à celle » du capital, et, s'il s'agit de loyers ou fermages, que leur » montant pour toute la durée du bail, n'excèdent pas leur » compétence. »

En France, comme chez nous, on a vivement senti la nécessité de venir au secours des propriétaires, dont les droits sont souvent éludés par le mauvais vouloir des locataires, on a senti qu'il était indispensable d'abréger les délais et de diminuer les frais dans les demandes de fermages on en résiliation ; ce but, le législateur français a cherché à l'atteindre par l'article 3 de la loi du 25 mai 1838 ; chez nous il avait déjà été satisfait à ce besoin par la loi du 5 octobre 1833. L'article 5 du projet de la commission n'est que la reproduction de l'article premier de cette loi. Les articles 2 et 3, dont nous nous occupons maintenant, se lient à cette disposition ; il y aurait en une espèce d'inconséquence à ne pas admettre les mêmes bases de compétence pour les de-

mandes en fermages que pour celles en expulsion des lieux, en résiliation de baux et en validité des saisies-arrêts, puisque ordinairement ces actions se forment et se poursuivent en même temps. Les articles 2 et 3 sont donc en quelque sorte le corollaire de l'article premier de la loi de 1833, et certes jusqu'ici l'expérience n'a pas démontré l'utilité de revenir sur le principe posé par cette loi.

Sous ce rapport donc, le projet de la commission est préférable à celui du gouvernement, article 2 § 8, qui ne faisait que reproduire la disposition française avec une légère modification.

Le projet du gouvernement présentait d'ailleurs une espèce de lacune que remplit l'article 2 du projet de la commission, car nous pensons qu'il n'est pas superflu d'énoncer avec précision quelle est l'étendue de la compétence des juges de paix dans les cas qui nous occupent; lorsque les titres sont contestés, il suffit que des doutes se soient élevés à cet égard, pour que le législateur sanctionne les déductions que la doctrine avait déjà tirées des principes. En matière de compétence toutes les règles doivent être claires et précises.

Art. 4.

« Sont compris dans ces dispositions, les loyers, fermages, intérêts et rentes consistant en denrées et prestations appréciables d'après les mercuriales. »

Pour rendre plus saisissable l'économie de la loi, il convient de rapprocher de l'art. 4 le texte de l'art. 8.

Art. 8.

« La compétence, s'il s'agit d'une somme d'argent ou d'un objet appréciable d'après les mercuriales, sera déterminée par les conclusions du demandeur et, dans tous les autres cas, par l'évaluation qu'il sera tenu de donner, à peine de se voir refuser toute audience.

» Le défendeur pourra se libérer en acquittant le prix de cette évaluation, sans préjudice aux intérêts et aux dépens, s'il y a lieu.

» Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas

aux actions dont il est parlé aux nos 1, 2, 3 et 4 de l'article précédent (7). »

La disposition de l'article 8 § 1 et 2 est sage, elle complète une lacune de la loi française. Elle est à la fois expliquée et justifiée par ce passage du rapport de la commission : « Personne n'étant mieux en état de connaître la valeur de l'objet qu'il réclame que le demandeur, il est juste de lui imposer l'obligation de l'évaluer dans son exploit ou tout au moins dans ses conclusions, sous peine d'être momentanément non recevable; le défendeur n'a pas à se plaindre de cette disposition; si l'évaluation du demandeur lui paraît supérieure au prix réel, le droit d'appel lui reste; si au contraire elle est inférieure au prix réel, il y trouve son profit, puisque, s'il succombe, il lui suffira de payer cette valeur, qu'il pourra du reste offrir en tout état de cause. »

Cependant l'article 4 combiné avec l'article 8 nous semble sous un autre rapport laisser quelque chose à désirer. Quel sera le mode d'évaluation lorsqu'il s'agira de prestations en nature et que le titre ou le bail même seront contestés? Comment alors constatera-t-on, par exemple, que les fermages pour toute la durée du bail n'excèdent pas le taux légal; il y aurait peut-être du danger à abandonner ici l'évaluation au demandeur; lorsqu'il s'agirait d'une demande en résiliation ou en expulsion, demande qui, le plus souvent accompagnera celle des arrérages, il serait possible qu'il se crût intéressé à abaisser le chiffre, soit afin d'attraire son adversaire devant le juge de paix, soit pour obtenir une sentence en dernier ressort; or, lorsqu'il s'agit d'une mesure aussi importante que l'expulsion, l'équité veut que le défendeur ne soit pas ainsi laissé à la merci de son adversaire. Nous voudrions que le législateur statuât que les fermages, ou prestations futures, fussent évalués d'après une moyenne à obtenir conformément à l'article 7 du titre 3 de la loi du 29 décembre 1790; ainsi on procéderait à l'évaluation d'une année commune en prenant les quatorze années antérieures à la demande, on retrancherait les deux plus fortes et les deux plus faibles, et l'année commune serait formée sur les dix années restantes.

Nous préférerions ce mode de fixer le prix des fermages à échoir à celui adopté par la loi française (art. 3), qui consiste à prendre la moyenne des mercuriales du mois qui aura pré-

cédé la demande, une telle donnée me semble trop sujette à variations, trop flottante pour qu'on puisse la prendre pour base de l'évaluation de la compétence; il ne faut pas que ce taux soit susceptible de varier de mois en mois, il ne faut pas qu'une demande en résiliation excède, par exemple, les bornes de la compétence du juge de paix au 1er novembre pour y rentrer au 1er décembre et pour les dépasser encore au 1er janvier. La donnée que nous proposons, aurait quelque chose de plus fixe et de plus permanent.

Pour faciliter l'exécution de cette mesure, le ministre de la justice pourrait ordonner ultérieurement, par forme d'instruction, que les mercuriales des 15 dernières années fussent affichées dans le prétoire du juge de paix; bien entendu qu'il ne peut s'agir que des mercuriales du lieu ou de celles du marché le plus voisin.

On se demande encore quel devra être le mode d'évaluation des fermages à échoir, alors que ces fermages consisteront, soit en prestations non appréciables d'après les mercuriales, soit dans la mi-gerbe; pour ce cas, la loi française a statué que la compétence serait déterminée en prenant pour base du revenu de la propriété, le principal de la contribution foncière de l'année courante, multiplié par 5; nous croyons qu'il serait utile d'introduire cette disposition dans le projet en multipliant toutefois le principal de la contribution non par 5 mais par 6, ce qui donnerait un produit qui en général se rapprocherait davantage de la vérité. — Avec ces modifications, les articles 4 et 8 nous semblent de nature à remplir le but du législateur.

Art. 5.

« Les juges de paix connaissent de même des demandes en résolution du bail, et de celles en expulsion à son expiration, lorsque la valeur des loyers ou fermages, pour toute la durée du bail, n'excède pas les limites de leur compétence. »

Cet article n'est que la reproduction littérale d'une disposition de la loi du 5 octobre 1833, disposition dont l'expérience a déjà aujourd'hui démontré l'utilité, et qui dès lors n'est point de nature à fournir matière à aucune observation.

Art. 6.

« Les juges de paix connaissent des demandes en validité ou en mainlevée des saisies-gageries et des saisies sur débiteurs forains, lorsque les coûts de ces saisies rentrent dans leur compétence.

» Ils peuvent permettre de saisir à l'instant et sans commandement préalable.

» S'il y a opposition de la part de tiers pour des causes et des sommes qui, réunies, excèdent leur compétence, ils en renverront la connaissance au tribunal de première instance. »

Cet article, en ce qui concerne la saisie-gagerie, n'est aussi que la reproduction d'une partie de l'article 1er de la loi de 1833; il est également conforme au § 1 de l'art. 10 de la loi française; seulement la rédaction belge est plus complète ou tout au moins plus claire et nous semble par cela même préférable; non-seulement le juge de paix est autorisé à accorder la permission de saisir-gager, mais encore à statuer sur les demandes en validité en mainlevée. Or, c'est là ce que ne porte pas expressément la loi française, quoique la doctrine paraisse en avoir tiré la même conséquence par voie d'interprétation. (Voy. *Commentaire* de Giraudau, pages 96 et 97.)

En plaçant la saisie foraine sur la même ligne que la saisie-gagerie, le projet belge n'a fait que réparer une omission échappée sans doute au législateur français; cette assimilation est fondée sur la nature des choses, et le germe en était déposé dans l'art. 822 du code de procédure civile qui donna pouvoir au juge de paix à l'effet de permettre la saisie foraine, dont l'objet, il faut le dire, n'excédera que bien rarement la somme de 300 francs.

Art. 7.

« Les juges de paix connaissent sans appel jusqu'à la valeur de 100 francs et à charge d'appel à quelque valeur que la demande puisse monter :

» 1° Des actions pour dommages faits soit par les hommes, soit par les animaux, aux champs, fruits et récoltes;

» 2° Des déplacements de bornes, des usurpations de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commis dans l'année; des entreprises sur les cours d'eau servant à l'arrosement des prés, commises pareillement dans l'année, et de toutes autres actions possessoires;

» 3° Des actions en bornage, de celles relatives à la distance prescrite par la loi, les règlements particuliers et l'usage des lieux, pour les plantations d'arbres et haies, lorsque la propriété n'est pas contestée;

» 4° Des actions relatives aux constructions et travaux énoncés dans l'art. 674 du code civil, lorsque la propriété ou la mitoyenneté du mur ne sont pas contestées;

» 5° Des réparations locatives des maisons et fermes;

» 6° Des indemnités prétendues par le fermier ou locataire, pour non jouissance, lorsque le droit à l'indemnité ne sera pas contesté, et des dégradations alléguées par le propriétaire.

» 7° Du payement des salaires des gens de travail, des gages des domestiques, et de l'exécution des engagements respectifs des maîtres et de leurs domestiques ou gens de travail;

» 8° Des actions pour injures verbales, rixes et voies de fait, pour lesquelles les parties ne se seront pas pourvues par la voie criminelle. »

Pour être conséquent avec nos observations précédentes, nous proposerions d'abord de substituer le chiffre de 150 à celui de 100 francs au 1er § de cet article.

Les nos 1, 2, 5, 6, 7 et 8 sont pris de l'art. 10, titre 3 de la loi du 24 août 1790, ces dispositions ont en leur faveur la sanction du temps et de l'expérience: aussi ne voudrions-nous y toucher qu'avec une certaine réserve. Cependant, après avoir examiné les modifications introduites par le législateur français de 1838, et profitant des discussions que nous sommes peut-être d'autant mieux à même d'apprécier, que placés à distance, nous avons pu les suivre sans aucune préoccupation, nous voudrions voir adopter les additions suivantes :

D'abord, au n° 1er, nous ajouterions : *et de celles relatives à l'élagage des arbres ou haies, et au curage soit des fossés, soit des canaux servant à l'irrigation des propriétés, ou au mouvement des usines, lorsque les droits de propriété ou de servitude ne sont pas contestés.*

Au n° 2, aux mots qui suivent le mot *arrosement*, nous substituerions les suivants : *des propriétés et au mouvement des usines et moulins, des dénonciations de nouvel œuvre, et de toutes autres actions possessoires fondées sur des faits également commis dans l'année*. Nous tiendrions à mentionner expressément les dénonciations de nouvel œuvre, parce qu'on n'a pas toujours été bien d'accord sur la véritable nature de cette action.

Au n° 6, nous ajouterions par forme de § : *Néanmoins le juge de paix ne connaît des dégradations causées par incendie ou inondation que dans les limites posées par l'art.* 1er *de la présente loi*.

Ces dégradations peuvent être d'une importance majeure, et les questions de responsabilité auxquelles elles donnent lieu, sont souvent fort difficiles, ainsi que le prouve l'expérience.

Au n° 7, nous intercalerions, à la fin, entre le mot *domestique* et le mot *ou*, *ouvriers*, *apprentis*, et nous terminerions ce § par les mots suivants : *ainsi que des contestations relatives au payement des nourrices*; addition tirée de l'art. 5 de la loi française et dont l'utilité et la justice seront facilement reconnues.

Les n°s 3 et 4 contiennent d'utiles innovations; il s'agit là, en effet, de contestations dont l'objet est toujours de peu de valeur, qui exigent la présence du magistrat sur les lieux, et où l'intervention paternelle du juge de paix sera plus prompte, plus efficace et moins frayeuse que le recours à une juridiction supérieure.

Seulement nous observerons qu'il nous eût paru préférable de détacher les n°s 3 et 4 de même que le n° 2 de l'art. 7 et d'en faire un article séparé, commençant par ces mots : *Les juges de paix* CONNAISSENT, *en outre, à charge d'appel*: disposition qui eût répondu à une partie de l'article 6 de la loi française. Cette rédaction nous eût paru plus logique et plus correcte, il semble, en effet, que les objets dont s'occupent ces trois numéros sont toujours d'une valeur indéterminée, et partant ne peuvent tomber que dans les termes de la juridiction du juge de paix statuant en premier ressort : le projet lui-même, au § 3 de l'art. 8, reconnaît l'impossibilité d'évaluer en une somme d'argent déterminée, l'objet de ces actions.

Afin de combler autant que possible toutes les lacunes que présente la législation actuelle, nous pensons qu'après l'art. 7 on pourrait encore faire suivre un nouvel article, conçu en ces termes :

Les juges de paix prononcent sans appel, jusqu'à la valeur de 150 francs, et à charge d'appel jusqu'à celle de 500 francs :

Sur les contestations entre les hôteliers, aubergistes ou logeurs et les voyageurs ou locataires en garni, pour dépenses d'hôtellerie, et perte ou avarie d'effets déposés dans l'auberge ou dans l'hôtel ;

Entre les voyageurs et les voituriers et bateliers pour retards, frais de route et perte ou avarie d'effets accompagnant les voyageurs ;

Entre les voyageurs, les carrossiers ou autres ouvriers pour fournitures, salaires et réparations faites aux voitures de voyage ;

Dans ce cas, l'assignation pourra être donnée également, soit devant le juge de paix du domicile du défendeur, soit devant celui du lieu où les dépenses, fournitures ou réparations auront été faites ou les pertes essuyées. On remarquera que cette disposition ne ferait que reproduire l'art. 2 de la loi française, auquel il apporte cependant deux grandes modifications : la première en ce qu'il borne la compétence des juges de paix à 500 fr. au lieu de l'élever à 1,500.

Lors de la discussion à la chambre des députés, M. Gaillard de Kerbertin (*Moniteur* du 18 avril 1837) tout en reconnaissant qu'il était sage de faciliter la solution des contestations nombreuses qui s'élèvent entre les voyageurs, les voituriers et les aubergistes, et que sur ce point il était juste d'étendre la compétence du juge de paix, proposa, dans le but de n'admettre qu'*une extension sagement progressive*, un amendement qui réduisait à 500 fr. le taux de la compétence du juge de paix en premier ressort. Cet amendement ne fut point adopté, et cependant il nous paraît si sage que nous pensons que le législateur belge ne balancera pas à l'accueillir s'il adopte l'article proposé ; en effet il s'agit ici d'une intervention instantanée du juge de paix ; cette intervention sera éminemment utile et sans danger, quand l'objet de la contestation ne dépassera pas un certain taux, puisqu'alors

en forçant le demandeur à suivre le cours d'une procédure ordinaire on le forcerait parfois à renoncer à son droit; mais au delà d'un certain terme, il n'y aurait plus de raison suffisante pour se départir des règles ordinaires; et quoique ces causes ne présenteront presque toujours que des questions de fait, il pourrait néanmoins y avoir péril à soumettre ainsi à une procédure extrêmement sommaire des contestations qui, dans certains cas, auraient pour objet une partie considérable de la fortune d'un individu.

La seconde modification que nous avons cru devoir apporter à la disposition française, consiste à attribuer juridiction au juge de paix du lieu. Sans cette attribution, il nous semble que l'article manquerait presque entièrement son but, et quoique le projet n'ait pour objet que de déterminer la compétence, nous ne voyons pas quel inconvénient il peut y avoir à introduire ici une règle spéciale de juridiction claire et précise, dont l'application ne pourrait jamais être douteuse. Quoi qu'on en dise, cette règle nouvelle ne jettera point la perturbation dans les principes admis en matière de juridiction.

Les contestations que nous proposons ici de soumettre aux juges de paix, sont souvent aujourd'hui, par la force même des choses, terminées par mesure de police, ce qui est utile sans aucun doute pour les parties, mais contraire à tous les principes qui président à la distribution des pouvoirs administratifs et judiciaires.

ART. 9.

« Ne sera pas recevable l'appel des jugements mal à propos qualifiés en premier ressort, ou qui, étant en dernier ressort, n'auraient pas été qualifiés. Seront sujets à l'appel les jugements qualifiés en dernier ressort, s'ils ont statué, soit sur des questions de compétence, soit sur des matières dont le juge de paix ne pouvait connaître qu'en premier ressort. Néanmoins si le juge de paix s'est déclaré compétent, l'appel ne pourra être interjeté qu'après un jugement interlocutoire ou définitif sur le fond. »

Nous proposerions de supprimer la première partie de cet article qui n'est que la répétition du principe général établi

par les art. 453 et 454 du code de procédure civile. En législation, plus que partout ailleurs, il faut éviter les doubles emplois. Nous voudrions donc que le législateur se bornât à dire *S'il y a contestation sur la compétence, et que le juge de paix retienne la connaissance de la cause, il ne pourra être interjeté appel de cette décision, qu'après un jugement interlocutoire ou définitif sur le fond.* Cette disposition, en déjouant les moyens dilatoires auxquels la mauvaise foi a souvent recours, introduit un heureux changement; aussi se trouve-t-elle également consacrée dans l'art. 14 de la loi française.

Nous croyons que c'est avec raison que la commission a repoussé l'art. 4 du projet du gouvernement, qui permettait aux juges de paix de connaître, en certains cas, de l'exécution de leurs jugements; une telle attribution attaquerait dans leur base les principes de notre législation en matière de juridiction, et son utilité serait au surplus fort douteuse.

TITRE II.

DES TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE

Art. 10.

« Les tribunaux de première instance connaissent en dernier ressort des affaires personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 2,000 fr et des actions réelles, immobilières, jusqu'à 75 francs de revenu déterminé soit en rente, soit pour prix de bail. Si le revenu de l'immeuble n'est déterminé ni en rente ni par prix de bail, il sera déterminé par la matrice du rôle de la contribution foncière au moment de la demande pourvu que ce revenu s'y trouve spécialement déclaré. »

Pour être plus correct et plus clair, le législateur devrait d'abord dire les affaires *personnelles ou mobilières* au lieu de *et mobilières;* sans doute le rédacteur a entendu faire ce qu'on appelle une énumération complète, et cependant en prenant le texte à la lettre, les affaires mobilières, réelles et mixtes, que sans doute il faut assimiler aux affaires personnelles, en seraient exclues; il est possible que ce soit ici une simple inadvertance qu'il aura suffi de signaler.

Ensuite nous serions d'avis de substituer dans cet article,

le chiffre de 3,000 à celui de 2,000 fr. et 120 à 75 fr., et ce par des raisons semblables à celles que nous avons données pour majorer les chiffres de l'art. 1er.

La commission a proclamé que le but de la loi était d'étendre les limites des juridictions inférieures, et de prévenir l'encombrement dans les cours d'appel; au moyen de la modification que nous proposons, ce but sera plus sûrement atteint.

Il est vrai que 3,000 fr. forment, dans quelques localités et pour une certaine classe d'individus, une petite fortune; mais aussi on ne doit pas perdre de vue que presque partout les tribunaux de première instance sont aujourd'hui bien composés, et que, pour peu que le gouvernement sache user avec indépendance de sa prérogative, tout fait prévoir que ces siéges mériteront de plus en plus la confiance la plus entière des justiciables; ce qu'il ne faut pas oublier, au surplus, c'est qu'en général une cause ne présente pas plus de difficulté parce que son objet s'élève à quelques cents francs de plus, c'est la nature et la complication des questions, que ce magistrat a à examiner, qui rendent sa tâche plus ou moins facile, et souvent l'on voit les questions les plus difficiles surgir des débats les moins importants par la valeur de leur objet; ce qui prouve que le législateur ne doit point accorder une considération trop exclusive à l'élévation de la demande, quoique ce chiffre soit la base la plus naturelle pour déterminer l'étendue de la compétence.

Art. 11.

« Si la valeur de l'objet mobilier ou immobilier ne peut être déterminée de la manière indiquée par l'article précédent, le demandeur devra la déterminer par ses conclusions, sous peine de se voir refuser toute audience. »

Cet article est dicté et se justifie par les mêmes vues d'utilité et d'équité que l'art. 8; son texte confirme du reste notre observation sur l'article précédent, relative à la nécessité de substituer la disjonctive *ou* à la conjonctive *et*.

Art. 12.

« L'audience lui sera également refusée si la demande a

pour objet des dommages-intérêts soit principaux, soit accessoires, qui n'auront pas été évalués et spécialement motivés dans les conclusions. »

Cette disposition était indispensable pour empêcher qu'on n'éludât trop facilement l'article précédent, en accolant aux conclusions la demande banale de tous dommages-intérêts déjà soufferts et à souffrir à libeller par état.

ART. 13.

« Le défendeur pourra se libérer en acquittant le prix de cette évaluation, pourvu qu'il s'agisse d'une demande ou d'un chef de demande purement personnelle et mobilière, sans préjudice aux intérêts et aux dépens s'il y a lieu. »

Cet article reproduit la disposition du § 2, de l'art. 8, en la restreignant aux demandes purement personnelles ou mobilières, restriction indispensable, puisqu'on ne saurait forcer personne à vendre son héritage. Il va sans dire qu'ici encore une fois il faudra substituer la particule *ou* à la particule *et.*

ART. 14.

« Les tribunaux de première instance connaissent, en dernier ressort, des demandes en payement d'intérêts, d'arrérages de rentes, de loyers et fermages, lorsque ces demandes n'excèdent pas 2,000 francs, à quelque valeur que le capital ou le montant des loyers ou fermages pour toute la durée du bail puisse s'élever, pourvu que le titre ne soit pas contesté. »

Dans cet article nous substituerions encore la somme de 3,000 à celle de 2,000 francs, et nous y ajouterions le § suivant :

Et si le titre est contesté, ils ne connaîtront de ces mêmes demandes en dernier ressort, que pour autant, s'il s'agit d'intérêts ou arrérages de rentes, que leur somme jointe au capital, et, s'il s'agit de loyers ou fermages, que leur montant pour toute la durée du bail, n'excèdent pas 3,000 francs.

Quoique ce § ne fasse que consacrer l'application des principes généraux de la matière, cependant nous croyons qu'il n'est point inutile pour éloigner toute hésitation de l'esprit des justiciables.

ART. 15.

« L'exécution provisoire sans caution sera ordonnée, même d'office, s'il y a titre authentique, promesse reconnue ou condamnation précédente par jugement dont il n'y a pas d'appel.

» Dans tous les autres cas, l'exécution provisoire pourra être ordonnée avec ou sans caution. »

Cet article consacre deux bonnes innovations : le § 1 se justifie par la considération, qu'il importe que, dans ce cas, le juge puisse prononcer l'exécution provisoire, même lorsque la partie ne la demande pas, puisqu'il s'agit d'une mesure d'intérêt public, en ce qu'elle est éminemment propre à prévenir des appels mal fondés. Cette disposition tranchera d'ailleurs les difficultés que faisait naître parfois l'application de l'art. 458 du code de procédure civile.

Au second §, en élargissant la faculté donnée au juge par la seconde partie de l'article 135 du code de procédure et en s'en rapportant dans tous les cas à sa sagesse, pour apprécier s'il y a lieu d'ordonner l'exécution provisoire avec ou sans caution, le législateur fournira aux magistrats un nouveau moyen de prévenir des appels frustratoires. Cette extension était du reste réclamée par l'expérience, qui a démontré combien l'énumération de l'art. 135 laissait à désirer. D'un autre côté, n'est-il pas juste que la loi accorde, dans leur sphère, autant de confiance aux tribunaux de première instance, qu'aux juges de paix, que l'art. 17 du code de procédure autorise, en tous cas, à prononcer l'exécution provisoire avec caution. Cette obligation de fournir caution, nous pensons que le législateur fera bien de la maintenir pour le cas de cet art. 17, puisque là c'est un seul magistrat qui statue, et qu'il serait peut-être dangereux de lui permettre de prononcer l'exécution provisoire sans caution, pour des sommes excédant 300 francs.

Le projet du gouvernement portant un article qui autorisait le roi à établir des chambres provisoires dans les tribunaux où la nécessité en serait reconnue, cette disposition a été, avec fondement, rejetée par la commission, comme incompatible avec le principe constitutionnel de l'inamovibilité.

11.

TITRE III.

ART. 16.

« Les tribunaux de commerce jugeront en dernier ressort les causes de leur compétence, jusqu'à la valeur de 2,000 fr. »

Inutile de répéter qu'ici encore le chiffre de 2,000 francs serait à remplacer par 3,000; à quiconque sait avec quel esprit d'équité, la justice s'administre dans les juridictions consulaires, et combien peu de leurs sentences sont réformées en appel, cette extension paraîtra chose désirable.

Dispositions générales.

ART. 17.

« Lorsqu'à la demande principale, il est opposé une demande reconventionnelle ou en compensation, et que chacune d'elles est susceptible d'être jugée en dernier ressort, le juge ou tribunal prononce sur toutes sans appel; si l'une de ces demandes n'est susceptible d'être jugée qu'à charge d'appel, le tribunal ne prononce sur toutes qu'en premier ressort. »

Cet article tranche une question qui avait donné lieu à des controverses et la décide dans le sens le plus conforme aux vrais principes.

Ne conviendrait-il pas d'ajouter à cette disposition le § tiré de l'art. 8 de la loi française?

« Si la demande reconventionnelle ou en compensation excède les limites de la compétence du juge de paix, saisi de la demande principale, il pourra, soit détenir le jugement de cette dernière demande, soit renvoyer sur le tout les parties à se pourvoir devant le tribunal de première instance sans préliminaire de conciliation. »

Lors de la discussion de la loi du 25 mai 1838, le § fut assez vivement combattu par M. Mateau, mais le rapporteur répondit à ces objections : « Il ne peut se faire, disait M. Renouard, *que l'action* reconventionnelle, lorsqu'elle excède la compétence du juge de paix, soit jugée par lui. Mais la demande principale qui s'y trouve liée étant dans sa compétence, car c'est à lui à examiner si la demande reconventionnelle est faite sérieusement ou seulement pour retarder ou empêcher le jugement de l'action principale. Il fallait placer quel-

que part l'appréciation de ce fait et ne pas refuser de rendre justice aux parties pauvres, qui seraient entraînées devant un tribunal par un adversaire puissant, et qui ne craindrait pas les frais. C'est pour cela que le projet tend à conférer aux juges de paix l'appréciation de cette difficulté préliminaire, afin de pouvoir donner cours au jugement de l'action principale, si la demande reconventionnelle lui semble introduite pour gagner du temps (1). »

Les chambres françaises partagèrent cette manière de voir qui semble en effet fort sage.

ART. 18.

« L'amende prononcée par l'art. 471 du code de procédure civile est portée à 15 francs, s'il s'agit d'un jugement de justice de paix, et à 30 francs, s'il s'agit d'un jugement des tribunaux de première instance ou de commerce, cette amende sera perçue avec le droit d'enregistrement de l'acte d'appel. Indépendamment de l'amende et sans préjudice, s'il y a lieu, aux dommages-intérêts, l'appelant qui succombe ou se désiste de son appel, sera condamné à une indemnité au profit des chacune des parties intimées. Cette indemnité sera de 15 à 60 francs, s'il s'agit d'un jugement d'une justice de paix, et de 50 à 300 francs s'il s'agit d'un jugement des tribunaux de première instance ou de commerce. »

Cette disposition nous paraît utile et juste; l'amende de 5 et 10 francs, portée par l'art. 471, ne pouvait point atteindre le but du législateur, elle était trop minime pour arrêter les plaideurs; celle commandée par le projet, jointe aux indemnités, sera de nature à faire faire quelques réflexions aux parties avant d'attaquer la décision des premiers juges.

L'allocation d'une indemnité bonifiera à la partie intimée les démarches, les inquiétudes et les faux frais que l'appel lui aura occasionnés, l'équité exigeait qu'on lui accordât cette réparation : c'est encore une innovation réclamée par l'expérience.

Toutefois, nous voudrions que l'article fût rédigé de manière à n'entraîner l'amende qu'à charge de l'appelant qui succombe; ainsi le projet serait mis d'accord avec une juris-

(1) Voyez le commentaire déjà cité de Giraudau, p. 95.

prudence qui nous paraît sage, en ce qu'elle peut engager l'appelant à se désister d'un appel mal fondé. Mais l'indemnité, nous voudrions qu'elle pût être encourue même en cas de désistement, puisqu'un désistement tardif n'aura point pour effet de désintéresser complétement l'intimé.

Art. 19.

« Dans les causes civiles, correctionnelles et de police, soit en première instance, soit en degré d'appel, chaque partie ne pourra respectivement charger, sous aucun prétexte, plus d'un seul défenseur de la plaidoirie. »

Art. 20.

« Aucune des parties n'obtiendra, soit par elle-même, soit par son conseil, plus de deux fois la parole, à moins que la cour, le tribunal ou le juge n'ait demandé des éclaircissements ultérieurs. »

Art. 21.

« Le gouvernement, sur l'avis des cours d'appel, fixera, pour chacune des chambres des tribunaux de première instance et pour chaque justice de paix, le nombre des audiences civiles. »

Ces trois articles, qui renferment des dispositions réglementaires fort sages, ne peuvent être qu'approuvés.

Nous en dirons autant des mesures transitoires qui sont l'objet des deux articles suivants :

Art. 22.

« Toutes les affaires régulièrement introduites avant la mise en vigueur de la présente loi, seront continuées devant le juge qui en est saisi; elles seront instruites et jugées conformément à la présente loi. Sont exceptées les affaires dans lesquelles il y aurait clôture des débats sur le fond avant la mise en vigueur de la loi; pourra néanmoins le demandeur renoncer à son action et en intenter une nouvelle à charge de supporter les frais de la renonciation. »

ART. 23.

« Dans toutes les instances dans lesquelles il n'est intervenu aucun jugement interlocutoire ni définitif, le droit d'interjeter appel sera réglé d'après les dispositions de la présente loi. »

ART. 24.

« Les attributions conférées aux tribunaux et aux juges de paix par la législation existante sont maintenues, pour autant qu'il n'y a pas été dérogé par la présente loi. »

Ne devrait-on pas retrancher ce dernier article comme inutile, puisqu'il ne fait en effet que rappeler une règle triviale au palais.

Nous pensons, avec la commission, que ce n'était point en discutant une loi sur la compétence qu'on pouvait convenablement s'occuper de l'augmentation du traitement des juges de paix, mais nous appelons de tous nos vœux le moment où, examinant le projet des nouvelles circonscriptions cantonales, la législature pourra faire droit aux justes réclamations que les magistrats ainsi que leurs greffiers ont fait entendre. Les nouvelles attributions qu'on va leur conférer sont un motif de plus, pour ne pas tarder à leur accorder des appointements en proportion avec leurs travaux et avec les études qu'ou exigera d'eux, appointements qui, en les rendant entièrement indépendants des justiciables, ajouteront à leur dignité et leur permettront d'occuper dans la société la position honorable qui leur est due

ÉTUDES SUR LES JURISCONSULTES

ANCIENS ET MODERNES.

I. PORTALIS.

La biographie des grands jurisconsultes est une des formes de l'histoire du droit, et, tandis que d'habiles investigateurs suivent, à travers les vicissitudes législatives, cette abstraction puissante qui en est l'âme, de loin en loin nous mettons en contemplation devant les hommes dans lesquels elle s'est personnifiée. C'est une autre démonstration de la même vérité, et qui ne laisse pas l'esprit sans jouissance, lorsqu'elle lui découvre le rapport fidèle de l'objet qu'il étudie au travail caché qui précède. Ce n'est pas qu'il n'y ait à mes yeux une sorte de travestissement à faire d'un grand homme le représentant fatal d'une idée; tout ce qui ressemble à la nécessité m'est antipathique dans le bien comme dans le mal, et je rejette une doctrine qui m'ôte la foi dans le génie. Mais il ne me répugne pas de croire que la sphère dans laquelle se meut la liberté humaine suit un orbe décrit par la Providence, et que le privilége des hautes intelligences est de discerner et de saisir la pensée dont le temps est venu. Nos précédentes études ont été prises dans les époques intermédiaires de notre histoire, époques fécondes, mais non décisives, où le génie encore informe de la patrie essayait tout et ne fondait rien. Car dans nos plus superbes monuments du 19e siècle, il n'y a réellement de nouveau que le bonheur de les avoir achevés, et, chose étrange, mais juste en législation, leur perfection même est de n'avoir été construits qu'avec des ruines. Ces ruines, nous les avons suivies à la trace. On dit

que la route de Suez à la Mecque est indiquée aux caravanes par les ossements blanchis des chameaux que les chacals et les hyènes ont enlevés à leurs prédécesseurs ; comme à elles, les vestiges de ceux à qui il n'a point été donné de faire le pèlerinage, nous ont servi de guides, et aujourd'hui nous nous plaçons au terme du voyage, à la naissance du 19e siècle France de nos jours, France de notre jeunesse, c'est toi que nous allons saluer dans ta grandeur!

Oui, la formation successive de l'unité nationale est la grande loi de notre histoire, et l'inépuisable explication de ses phénomènes. On peut faire sur l'influence de certains hommes, sur les effets de certaines causes des conjectures ingénieusement vraisemblables; mais la cause vraie, la cause première, celle au moins qui tient de plus près à Dieu, c'est la merveille de cette France qui, douée de la faculté d'assimilation, comme un être doué lui-même de vie et de volonté, attire à elle tout ce qui constitue l'existence, s'organise dans le chaos avec suite et lenteur, s'en dégage spontanément et à propos, et trouve dans le désordre où elle est née les éléments de la force, de la grandeur et de la beauté. C'est à cette cause que la méditation ramène quiconque ne se complaît pas dans l'hypothèse; c'est à chacun de ses développements graduels, c'est aux proportions constamment gardées dans son action qu'il faut rapporter ce qui nous frappe dans l'état des personnes, dans les accessions du territoire et surtout dans la formation du droit français; du droit, dernier symbole de l'unité sociale, et qui a eu dans le Code civil sa manifestation la plus évidente.

Il est des hommes que les affaires rendent passionnés et inflexibles, et qui n'apprennent d'elles qu'à ne jamais pardonner ; il en est d'autres qu'elles conduisent par l'impartialité à la bienveillance; âmes tendres et élevées qui, dans un temps de factions et de systèmes, ne s'allient à aucun d'eux, et restent désintéressées pour ne pas perdre le droit d'être leurs juges. Est-ce un accident heureux des grandes époques que nous avons parcourues, si nous y avons toujours reconnu leur empreinte? Est-ce plutôt un dessein de la Providence d'y susciter constamment l'une d'elles? On serait tenté de le croire, et qu'en effet c'est de leur philosophie que l'humanité a besoin, quand on retrouve un génie de cette fa-

mille, Portalis, donnant son esprit aux deux actes, qui, dans le commencement de ce siècle, ont le plus influé sur notre état social, le concordat et le code civil. Car c'est de ce point de vue qu'il faut envisager sa vie entière. Celle des hommes vulgaires est une succession d'accidents sans liaison; ils flottent au gré des circonstances, abordant où la vague les pousse. Celle des hommes supérieurs est une; ce qu'ils achèvent à la fin de leur carrière, ils le commencent dès les premiers pas, et, dans leur inviolable fidélité à leur vocation, leur jeunesse tend par instinct au but, que l'âge mûr met plus tard à découvert. Aussi leur vie, dont aucun jour n'est perdu, se divise-t-elle en deux parties; la première est le noviciat de la seconde. Souvent l'initiation est longue, et l'œuvre est courte; mais quand l'œuvre donne la gloire, l'initiation peut-elle trop coûter? Heureux celui qui arrive bien préparé à la crise de son existence, et se trouve égal à sa destinée! Celle de Portalis, qui embrasse soixante et un ans, a eu la sienne dans l'espace de cinq, de 1802 à 1807. Mais avant de juger le résultat, apprenons comment on s'y prépare.

Portalis est né en 1746, au milieu du 18e siècle. Sa famille appartenait à la classe intermédiaire, centre presque unique de cette activité intellectuelle et morale, qui est le principe légitime de notre révolution. Ses études furent brillantes; on remarqua chez lui, dès son enfance, ce mélange de raison et de sensibilité qui détermina plus tard le caractère de son élocution et de son style. Il s'y joignait une indépendance qui refusa de subir l'ascendant de la philosophie alors régnante. Un esprit de cette trempe avait naturellement sa place marquée au barreau; petit-fils d'un médecin, il fut avocat en 1765, à dix-neuf ans. Le barreau se trouvait alors sur la limite indécise des deux régimes; la loi ancienne s'effaçait; la loi nouvelle n'était pas encore écrite, et l'esprit humain, par un mouvement naturel, remontait à celle qui ne l'a jamais été, qui n'a pas eu besoin de l'être. C'est une bonne fortune pour l'éloquence de saisir une vérité au moment où elle passe de la controverse philosophique à la certitude légale; en se fixant dans un texte, elle lui échappe; aussi les plaidoyers qui nous sont restés de cette époque de transition, et qui, à la différence de nos improvisations rapides, affectent la forme plus durable du mémoire, parce qu'ils reçoivent toujours le

dépôt d'un principe, sont-ils d'ardentes protestations pour le droit naturel contre les préjugés et les abus. La lutte de Dupaty et de Séguier n'était autre que celle de deux principes ennemis.

Portalis militant devant le parlement d'Aix. L'essor de son esprit vers les idées générales, stimulé par les besoins du siècle, fut d'abord contrarié par ses confrères et même par la magistrature. L'un d'eux tenta de le détourner des sources où puisait Cicéron, en lui offrant pour appât l'activité du praticien. Mais Portalis, qui se sentait capable de tout concilier, sans dédaigner la pratique, entreprit de l'élever jusqu'à la philosophie, et le ton de sa première plaidoirie, dont l'autorité de sa personne n'appuyait pas encore la nouveauté, déplut au parlement. Le compliment d'usage que la cour adressait aux débutants, lui fut refusé. Le jeune avocat, consolé par sa conscience, eut le courage et le succès d'un réformateur.

Les manuscrits qu'il a laissés de cette période de sa vie ont été reliés en 80 volumes in-folio, et à côté de ce monument de travail et de dévouement à ses clients et à la science, sa famille en conserve un autre de simplicité et de modestie : c'est une sentence arbitrale rendue par lui et son confrère Pascal; ces deux jurisconsultes, alors dans toute leur célébrité, reçurent pour honoraires une somme de 15 livres, dont chacun donna quittance en ces termes : *habui sept livres* 10 *sous.* On se rappelle que Charles Dumoulin, consulté par un ecclésiastique sur une des plus grandes difficultés des matières bénéficiales, répondit par un miracle de travail, d'érudition et de logique, pour lequel il accepta, en remerciant son client, un écu de trois livres. La gloire s'est depuis chargée des honoraires de l'un et de l'autre. Telles étaient, il y a encore cinquante ans, les mœurs du barreau français.

L'intérêt de notre étude est ici de chercher la correspondance des travaux du jurisconsulte à ceux du législateur, et de voir poindre ceux-ci dans les premiers.

L'auteur futur du concordat s'essaya dans un petit ouvrage *sur la distinction des deux puissances.* Il ne toucha pas impunément à l'orageuse distinction du spirituel et du temporel. Il en sortit contre lui une tempête qui le réduisit à sa propre apologie.

Une question presque indigène à nos provinces méridio-

nales, dont la population était mélangée de réformés et de catholiques, la validité du mariage des protestants, exerçait autrefois les plus hautes intelligences, celle de Catelan à Toulouse, de Servan à Grenoble, de Target à Paris. Portalis avait été un des premiers à lui payer son tribut. Son Mémoire est de 1770. Il y rattache le mariage au droit naturel, et prouve que, pour l'interdire aux protestants, ce n'est pas assez de leur ôter la liberté de conscience, ni même l'état civil; si ce n'est pas le citoyen, mais l'homme qui le contracte, la conséquence de ce principe serait peut-être pour nous que la mort civile ne devrait pas pouvoir le dissoudre. Voltaire, de qui relevaient toutes les nouveautés importantes, reçut l'hommage et presque la dédicace de celle-ci, et apposa ses éloges sur la marge du manuscrit, comme le timbre de sa juridiction philosophique. Quelques années plus tard, le Mémoire de Target dans l'affaire *Dangluro*, chef-d'œuvre qui précéda l'Edit de 1787, inspiré par Malesherbes à Louis XVI, s'enrichit surtout d'emprunts faits à celui de Portalis. On aime à suivre cette filiation de la pensée qui devient loi.

Le mariage a été si longtemps mal compris que, même en 1787, on admettait encore l'impuissance parmi les causes de son annulation; Lamoignon n'avait aboli que le congrès, et le droit canon, seule lumière qui éclairât pendant l'éclipse du droit romain, fut complice de cette dépravation de la doctrine. Deux ans avant 89, Portalis eut occasion d'écrire sur cette matière un Mémoire, où la chasteté des mots et l'esprit des périphrases luttent contre l'impudicité du fond, et qu'il faut relire pour y retrouver les principes de l'appel comme d'abus tels qu'ils ont passé dans le concordat. On ne se fait pas à l'idée que cette dissertation sur une loi barbare et le discours sur le titre du mariage, appartiennent aux deux extrémités de la même vie. On a besoin de se répéter que la révolution a jeté l'intervalle de plusieurs siècles dans les existences contemporaines.

Portalis dévia momentanément de sa route. Élu assesseur d'Aix, l'administration de la Provence le disputa quelque temps au barreau. La confiance publique devrait bien, quand elle se communique à ceux qui l'ont méritée, les honorer pour eux-mêmes, sans les distraire de leur tâche. Après une

infidélité de trois ans, il revint au barreau; sa vocation reprit son empire, et une procédure criminelle, dans laquelle était compromis un jeune chevalier de Malte revendiqué par son ordre, obligea Portalis à examiner les prétentions de cet ordre célèbre à la souveraineté. Il faut croire que cet examen était une hardiesse, puisque le publiciste qui se l'était permis eut besoin de toutes ses ressources pour conjurer l'orage qu'il lui attira.

De toutes les causes célèbres qui vinrent chercher la réputation de Portalis, la plus éclatante, parce qu'elle tenait plus à l'histoire qu'à la science, fut le procès en séparation du comte et de la comtesse de Mirabeau. La rencontre de Mirabeau et de Portalis ne mettait pas seulement en présence deux intérêts de plaideurs, mais deux puissances, auxquelles la révolution française allait donner une fonction différente: l'homme politique et l'homme social, l'éloquence qui renverse et l'éloquence qui édifie, la liberté légale chez le plébéien et la fougue démocratique chez le patricien; l'un fait pour la première moitié de la réforme, l'autre pour la seconde. Ni Portalis n'eût abattu l'ancien régime, ni Mirabeau n'eût fait le code civil. Mais comme la mission de l'un était plus urgente et son utilité plus immédiate que celle de l'autre, puisqu'il faut déblayer le sol avant d'y construire, l'homme politique s'ouvrit le premier un passage, et l'homme social, se rangeant devant lui, réserva pour d'autres temps son instinct réparateur. En attendant, ces deux personnages, destinés à des emplois divers dans la même œuvre, n'eurent à se témoigner qu'une antipathie réciproque. Portalis, qui assistait à la naissance du génie oratoire de nos troubles, le contemplait s'essayant dans les désordres de la vie privée. Il plaida pour la femme contre le mari.

On a fait de son habileté dans cette conjoncture un éloge qu'il repousserait comme une calomnie. On a publié que, pour suppléer aux griefs spontanés qui lui manquaient, il avait adroitement, sous les yeux mêmes des juges, poussé son irascible adversaire à des emportements coupables. Il faudrait flétrir dans un avocat ce stratagème d'agent provocateur, qui crée le mal où son intérêt est de le trouver. Non, Portalis n'a point eu la déloyale pensée de faire une piqûre au taureau qu'il avait à combattre, pour lui imputer à crime

les mugissements de sa douleur. L'audience était solennelle, un archiduc et une archiduchesse d'Autriche y assistaient; les plaidoiries avaient eu leur cours sans incident remarquable; c'était le tour de l'avocat général, lorsque Mirabeau, se levant une dernière fois pour répondre d'avance à des conclusions dont il avait acheté la communication d'un secrétaire infidèle, se donna, par la divulgation d'une correspondance, des torts que la cour jugea impardonnables. La séparation fut prononcée.

Ce furent à peu près les derniers travaux de l'avocat. 89 approchait; la vie publique allait dévorer la vie privée. Dans le drame prêt à s'ouvrir, nul ne devait se soustraire à la nécessité d'un rôle, agent ou patient, et la neutralité politique devenait impossible. A l'occasion des états de Provence, avant-coureurs des états généraux, Mirabeau avait publié un écrit dans l'intérêt populaire qui allait prédominer, et, lorsque bientôt après on s'occupa de députer aux états généraux eux-mêmes, il fut question dans le conseil municipal d'Aix de remercier ce nouvel auxiliaire, transfuge du camp opposé. L'ambition la plus altière est humble dans ses débuts; Mirabeau sollicita Portalis, il lui envoya un messager chargé de deux demandes; l'une avait pour objet d'appuyer la proposition de remercîments, l'autre de le recommander aux électeurs. Portalis distingua; il ne sentit aucune répugnance à remercier l'auteur d'un écrit dont il approuvait les principes, mais il en éprouvait à recommander un candidat qui n'avait pas son estime; sa réponse fut conséquente à cette distinction, que Mirabeau accepta sans doute, puisqu'il renvoya le messager déclarer qu'il renonçait à la recommandation, pour s'en tenir aux remercîments. La recommandation n'eut pas lieu; les remercîments furent votés, et l'adroit Mirabeau obtint pour son livre ce qu'on refusait à sa personne. La différence morale était immense, le resultat politique fut le même; sa fortune commença sous la protection d'un adversaire.

Pour le biographe, dont le héros n'a été choisi au premier rang ni des athlètes, ni des victimes, cette période de notre révolution est ingrate; interruption violente de toutes les destinées individuelles, sans repos pour les contemporains, sans aliments pour la science, agitée et stérile, elle ne nous offre,

dans son aridité brûlante, que la monotonie de ses persécutions et le lieu commun d'un enseignement devenu vulgaire. Portalis n'était point l'homme de la lutte; la modération, au sein du vertige universel, devient odieuse à ceux pour qui elle est un reproche, et, par une injustice réelle, s'attire tous les périls de la passion; sa vie devint errante; après avoir sauvé la tête de deux dragons du régiment du roi que demandait au parlement une multitude furieuse, il se réfugia de la ville à la campagne, s'y livra à la recherche de quelques vérités politiques, et supprima presque aussitôt la dangereuse confidence qu'il en avait faite au papier. La campagne cessant d'être un abri, et l'émigration blessant à la fois son cœur et ses principes, son unique soin fut de chercher en France un asile où le sol ne tremblât point; il se rendit à Lyon avec sa famille; mais son frère était impliqué dans la conspiration royaliste du camp de Jalès; c'était plus qu'il n'en fallait pour être suspect, et la cité proscrite, car les villes se proscrivaient comme les individus, rejetait de son sein ceux qui n'y étaient pas nés. Il courut à Villefranche; il y fut arrêté, détenu pendant la terreur et élargi après le 9 thermidor. Il eut pour libérateurs le canoniste Durand de Maillane et le conventionnel Le Gendre. La constitution de l'an III vint luire enfin sur ce chaos; ce n'était pas encore le bien-être, c'était cependant la vie, et la représentation nationale restituait un organe à la conscience publique. Portalis, qui était venu se perdre dans la solitude de la capitale, plus sûre que celle des champs, y fut traîné par sa supériorité dans une assemblée primaire; les électeurs le portèrent au corps législatif; il s'assit au conseil des anciens, et sa destinée interrompue reprit son cours.

L'avantage de cette période sur celle dont on sortait n'était pas tant de décerner à la vérité son triomphe, que de lui rendre la parole; et, comme elle ne se fait jamais entendre vainement, l'avantage était réel. Portalis trouva au conseil des anciens, Dupont de Nemours, Barbé-Marbois, Tronson du Coudray, et surtout Tronchet et Malleville, avec qui il devait contracter d'autres liens; voix généreuses qui, pleines de foi dans les victoires de l'avenir, se vouaient aux nobles défaites du droit naturel devant la fausse justice des partis. Ce que l'on retrouve invariablement dans ses tentatives les plus mal-

heureuses, c'est un effort constant sur lui-même pour s'abstraire au milieu de son époque; comme s'il était des temps où la raison universelle ne parlât qu'à l'esprit capable de s'isoler.

Proposait-on l'établissement d'un ministre de la police générale? Il le combattait, quoique sans espoir. La vigilance en effet, ce besoin de l'ordre social, est une qualité du pouvoir plutôt qu'un pouvoir même; elle n'a pas de place distincte dans une division vraie de l'administration publique, et, quand on lui en fait une, elle asservit tout ce qu'elle surveille. S'agissait-il d'autoriser le Directoire à suspendre les droits que les citoyens tenaient de l'élection populaire? Il démontrait vainement que cette inconséquence était mortelle à la division des pouvoirs. Il ne fut pas plus heureux dans ses efforts pour tempérer les lois sur l'émigration. C'est sans doute un droit pour les enfants des hommes de choisir leur place sur cette terre qui leur a été donnée; c'est plus qu'un droit, c'est une nécessité de fuir la maison qui brûle, le toit qui s'écroule; mais si quelque jour la postérité peut de bonne grâce raisonner rigoureusement avec le malheur, elle jugera ce grand procès de la patrie et du citoyen; elle dira si l'émigration la plus légitime ou la plus nécessaire rompt tous les liens de la naissance, si l'on s'arme sans crime contre le gouvernement que l'on désapprouve, si l'on peut frapper la patrie pour la délivrer; elle décidera si la justice sociale va jusqu'à dédommager le pays, par la confiscation, des maux qui lui sont faits par la guerre. Portalis, qui avait déjà sévèrement résolu la question contre lui-même, fut indulgent pour les autres.

Deux victoires lui étaient cependant réservées, l'une pour les prêtres réfractaires que menaçaient de nouvelles rigueurs, l'autre pour les émigrés naufragés à Calais.

On peut reconnaître des vices dans l'organisation actuelle de l'Église, on peut même atteindre une perfection théorique dans une constitution nouvelle, sans incriminer l'attachement du prêtre aux abus dont il s'est fait une loi. La conscience est inviolable jusque dans ses engagements les plus indirects; et l'on n'acquiert aucun droit sur elle, en lui prouvant qu'elle se trompe. Portalis fit un moment douter la loi humaine de sa compétence pour juger les scrupules des réfractaires; ce

fut un des plus beaux triomphes de son éloquence, en même temps qu'une de ses préparations les plus directes au concordat.

Mais où il eut le bonheur de faire comprendre aux passions le langage le plus difficile pour elles, c'est à l'occasion du naufrage de quelques émigrés sur les côtes de la Manche Jamais peut-être le conflit du droit naturel avec la politique n'avait été aussi vif. Même en décidant la question sociale contre l'émigration, n'y avait-il pas, dans la manière de livrer le coupable à la justice une autre justice à consulter? L'esprit de parti dévore sa proie où il la trouve; il l'accepte de la tempête; il nie l'hospitalité du rivage. Mais l'inclémence des éléments est-elle donc un auxiliaire légitime de la justice? Quand c'est le malheur qui livre le crime, l'humanité n'a-t-elle pas un droit de préférence sur le pays? Grâce à Portalis, on refusa de mettre en accusation les débris d'un naufrage, et on les rendit à la tempête de qui on les tenait.

Cette opposition d'une philosophie active et militante le conduisit jusqu'à l'an V, où la proscription l'attendait. Comment ses mérites eurent-ils cette récompense? En d'autres termes, quelle est la justice des coups d'État? Quelle est en particulier celle du 18 fructidor, le plus indéfinissable de tous, projectile lancé contre le royalisme, dont les éclats ont blessé la république, et qui, dans ses inconciliables caprices a confondu Carnot et Duverne de Presle? Pourquoi y a-t-il par intervalles, dans l'histoire, de ces moments terribles où le plus fort se soulage de toutes ses rancunes, où le débiteur inscrit son créancier sur la liste des triumvirs, où le Dante plonge ses ennemis dans son enfer? Portalis, condamné à la déportation, dut au dévouement de quelques amis, de M. Delessert et de madame de La Borde, de se soustraire aux proscripteurs. Avec un passe-port du ministre de Danemark, il passa la frontière; il vit à Bâle le père de madame de Staël; à Zurich, Lavater, dans le Brisgau, Delille et Mallet Dupan, et il reçut enfin pendant plus de deux ans, au château d'Emckendorff, chez le comte de Reventlau, une hospitalité dont sa famille conserve un souvenir pieux; là, pendant que ses compagnons d'infortune languissaient sur les marais brûlants de Sinnamary, les biens, que la puissance et la richesse recherchent sans les obtenir, venaient le visiter comme de

simples consolations, l'amitié, les lettres, la philosophie. Dans les loisirs que lui faisaient ses persécuteurs, il trompait l'exil à la manière antique ; bien mieux, il le fécondait. Il retournait par la méditation vers ce monde qui le repoussait, et, au tumulte lointain de la révolution, il jouissait de trouver ses causes morales dans l'exercice le plus chéri de son intelligence, il écrivit son livre *sur l'usage et l'abus de l'esprit philosophique*.

Au sortir des orgies dont les derniers disciples du 18e siècle avaient souillé son déclin, une réaction s'était déclarée; chez une nation vive, qui cherche son équilibre en s'agitant, les réactions de l'esprit ressemblent trop souvent à celles de la politique. La France déchirée et sanglante demanda compte de ses douleurs à la philosophie, et crut reconnaître dans ses mains le poignard dont elle venait d'être frappée. Ce penchant de notre nature à rejeter sur les doctrines la responsabilité de nos malheurs, peut conduire à des injustices; mais il est en nous. La philosophie du 18e siècle fut condamnée collectivement; on la personnifia, pour décharger sur elle toute la haine de la réaction, comme sur l'idole malfaisante à laquelle venaient d'être adressées les hécatombes de 93. La lutte fut vive, mais inégale; d'une part Cabanis, Volney, De Tracy, écrivains au langage précis, à la dialectique habile, déployaient le genre de courage nécessaire dans une retraite, et couvraient de leur boucher le 18e siècle expirant. De l'autre étaient le nombre des combattants et la ferveur du progrès : La Harpe, récemment converti à la cause qui prenait l'offensive, champion fougueux de son opinion nouvelle, sans indulgence pour celle qu'il avait quittée, s'en rachetait par l'amertume de son zèle, et, dans l'accomplissement passionné de sa pénitence, rencontra souvent l'éloquence de l'invective. Il réfuta des doctrines, plutôt qu'il ne proposa la sienne; c'est qu'en brûlant avec colère ce qu'il avait adoré, l'habile et judicieux critique n'avait pas assez de cette philosophie que cherchait l'instinct de son siècle, et n'en apercevait pas les éléments sous les coups mêmes qu'il portait. Avec des différences fondamentales dans le talent et dans la manière, *le Génie du Christianisme* fut évidemment un manifeste de la même cause. On s'est demandé si M de Chateaubriand, en s'adressant à l'imagination plutôt qu'à l'esprit, a écouté d'autres

conseils que ceux de sa muse. Un disciple de Port-Royal eût reproché peut-être au chrétien d'être plus occupé de fournir des sujets à l'artiste que des armes à la vérité, et de compromettre la sainteté du but par la mondanité des moyens. Mais cette coquetterie des choses sérieuses n'est-elle pas un trait de cette époque, et même un peu de la nôtre? M. de Chateaubriand, sans avancer la controverse, en a changé le ton; sans fournir de nouvelles armes contre le scepticisme, il lui a ôté une de celles qu'il tenait de Voltaire. A défaut de l'impression décisive qu'eût produite Pascal, c'était beaucoup alors d'apporter dans la discussion cette espèce de gravité qui accompagne toujours chez nous la parure du langage et la nouveauté hardie de ses formes. Aujourd'hui que sa fonction polémique est remplie, *le Génie du Christianisme* reste comme un monument littéraire, témoignage durable de ce que l'éclat d'un tableau peut sur l'esprit humain. Ce mouvement ne se fit pas dans les idées sans éveiller chez Portalis une de ses premières sympathies; mais la pensée générale de l'époque, en passant par l'esprit d'un jurisconsulte qui avait sa vocation propre et son originalité, en retint la forme et en prit la direction. Ce qu'allait demander le 19e siècle, ce n'était pas un système nouveau; car toutes les synthèses étaient épuisées, toutes les extrémités de la philosophie parcourues; c'était moins, dis-je, une conquête, qu'une limite. La raison humaine, que Descartes avait dégagée de ses langes, Portalis la trouvait ivre et assouvie, et c'est avec une sagacité pleine de tact qu'il intitula son livre: *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le 18e siècle;* titre qu'il faut remarquer avant tout, ne fût-ce qu'à cause de l'immense révolution qu'il atteste: où le philosophe des siècles précédents avait souffert pour conquérir l'usage, celui du 18e siècle n'avait d'autre tâche que de le distinguer de l'abus. Censeur de cette raison naguère affranchie, il la suit dans l'emploi qu'elle fait de sa liberté recouvrée; il vérifie après elle tout ce qu'elle a touché, depuis les beaux-arts, qui ne paraissent frivoles qu'à ceux qui le sont eux-mêmes, jusqu'aux sciences naturelles et morales, s'arrêtant partout où il y a une borne à replacer, un ravage à reconnaître, une réparation à faire; le 18e siècle n'a pas remué une idée qu'il ne refoule dans la limite qu'elle a franchie, et c'est cet esprit de mesure qui, au

milieu de la variété des matières, constitue l'unité de cette encyclopédie faite par un seul homme. Ce n'est pas que les écoles de nos jours retrouvassent dans toutes ses démonstrations ce choix sévère de motifs qui est un de leurs progrès; nos éclectiques, tout en le revendiquant, se plaindront peut-être qu'il ne tienne pas la balance assez égale entre les deux origines connues de nos idées, et que l'influence alors récente de Condillac y pèse encore d'un trop grand poids; nos historiens préféreront aux causes qu'il assigne à certains faits, les causes moins accidentelles et plus profondes auxquelles ils ont pénétré; nos publicistes, qui n'ont pas sur lui la même avance, se flattent d'avoir donné à la nature intime du droit de propriété un fondement plus solide; ils n'admettront pas sa théorie des lois pénales, et croiraient compromettre le droit de punir, en l'expliquant par le droit de défense. Mais, à part ces observations sur quelques-uns de ses motifs, et qui tiennent à la marche de la science, toutes ses solutions sont adoptées. Dans un ouvrage destiné à réprimer des excès, la modération était de rigueur; aussi reçoit-il de la réaction à laquelle il s'associe, le mouvement, non la violence. Les personnes le préoccupent à peine; les noms propres ne se rencontrent sous sa plume que comme les symboles des doctrines. Il n'est pas jusqu'à l'impatience avec laquelle il rejette celles de Kant, de Kant qu'un esprit juste peut bien avoir l'humilité, ou, si l'on veut, l'orgueil de ne pas comprendre, qui ne trouve grâce près de la susceptibilité germanique. Remercions le catholique fervent de s'être rendu compte des querelles de la philosophie avec l'Église, autrement que par l'absurde et vulgaire hypothèse d'une conspiration contre Dieu. Le beau chapitre (1) où il explique comment, à la différence de la philosophie antique, celle de notre âge a dû prendre contre la théologie les intérêts de la liberté, contient une appréciation historique qui, pour la profondeur et la sûreté des aperçus, est égale aux meilleures études de notre école. En résumé ce livre, où l'abondance des idées produit l'abondance du style, est le document le plus complet que nous ayons sur les débats de ce 18e siècle, qu'il semble à la fois clore et juger.

(1) Le 35e, tom. II, pag. 341.

Mais ce qui le distingue des autres productions avec lesquelles il a cette communauté d'origine, c'est qu'aucune d'elles n'a eu une application aussi prochaine. Vous qui niez l'empire des idées générales, lisez dans les méditations d'Emckendorff le programme des codes qui vous régissent; voyez le jurisconsulte s'essayant par la philosophie à la législation; l'histoire ne vous montrera nulle part la pensée de l'une aussi près de la formule de l'autre; vous suivrez de l'œil la trame de son œuvre. Il n'y a pas jusqu'à sa sévérité envers le kantisme, cette préférence donnée à l'observation sur l'hypothèse et aux faits sur l'utopie, qui n'aide à pressentir la méthode du législateur dans celle du métaphysicien.

Ce livre a été composé entre deux coups d'État; le premier avait éloigné Portalis, le second le rappela; il s'était en même temps consolé de l'un et préparé à l'autre. Le 18 brumaire se piqua de cicatriser les plaies du 18 fructidor. Portalis fut de retour à Paris le 13 février 1800. Un gouvernement peut se juger par les résultats contraires de ces formidables épreuves : quand le coup d'État sauve, les lois violées sont mauvaises, elles se laissent mutiler, l'état révolutionnaire dure encore; quand il perd, les lois violées sont bonnes; elles punissent qui les frappe; l'état normal est arrivé. La constitution de l'an III n'a eu sa sanction ni en l'an V ni en l'an VIII, la charte a eu la sienne en 1830.

Les prémices du consulat furent heureuses; la foi dans la révolution de 89, cette vertu civique de nos jours, la plus persévérante et la plus pure de nos espérances politiques, se ranima un moment; le gouvernement possédait les conditions principales de la liberté, excepté la bonne foi de son chef, et un esprit réparateur masqua aux yeux des contemporains des intentions qu'aujourd'hui l'histoire a le droit d'accuser. La constitution de l'an VIII fut une combinaison perfide, où le despotisme sut se retrancher jusque dans les garanties prises contre lui; si le temps des définitions doctrinales n'eût été passé, il eût trouvé le secret de se cacher dans la définition même de la liberté. Bonaparte était doué à un trop haut degré du sens politique pour s'élancer du premier pas à son but; il était l'objet d'une attente, qu'il sentait le danger de tromper brusquement, et, avant que son ardeur d'usurpation eût cessé de se contenir, il y eut un intervalle d'hypocrisie, profitable

à la cause sainte qu'il allait bientôt opprimer. Dans les jours de lassitude, l'ambitieux est menaçant même dans l'espèce de bien qu'il sait faire; quand il rétablit l'ordre, il édifie son pouvoir, il mérite de la patrie, en travaillant à l'asservir; et on lui sait gré de ce prélude à son usurpation. La paix religieuse et l'uniformité de législation sont de ces bienfaits habiles qu'il peut se permettre, car l'une lui rallie les sectes qui le combattraient, et l'autre l'établit au centre de l'unité qui s'achève. La justice privée ne lui est pas antipathique; la plus grande prospérité du droit romain date de la plus grande servitude de l'empire; Papinien fleurit sous Caracalla, Ulpien sous Héliogabale. Mais le bien social s'accepte de toute main, entre l'anarchie qui expirait et le despotisme qui temporisait, le génie de la France s'empressa d'exploiter, j'allais presque dire de dévorer ce règne d'un moment, et le code civil qui, un peu plus tôt, un peu plus tard, aurait été impossible, eut le merveilleux bonheur d'échapper à deux orages dans un instant de sérénité.

Le temps de Portalis était venu; sa gloire devait être d'occuper rapidement le terrain qui restait neutre entre deux fléaux, et d'y élever des monuments éternels. Pour les deux entreprises qui tenaient le plus intimement aux antiquités de la France et qui demandaient une judicieuse combinaison du présent et du passé, c'était surtout de son génie organisateur et conciliant que l'on avait besoin; ce qu'il fallait de science, d'amour de l'ordre et de la liberté, était dans son âme comme une provision faite depuis longtemps. Il était prêt, tout se prépara autour de lui. Ce n'était pas assez que la révolution eût triomphé; il fallait qu'elle fût tranquille, et que les puissances de l'Europe cessassent de lui renvoyer par la guerre les secousses qui leur étaient venues d'elle. Lunéville reçut les serments de l'Autriche, Amiens ceux de l'Angleterre, une négociation furtive se fit avec la Russie. A la venue du concordat et du code, comme à celle du Messie, il y eut un moment de paix universelle, et l'Europe attentive fit silence.

Portalis, conseiller d'État, fut chargé des affaires concernant les cultes.

Le monde moderne n'a pas de trait plus caractéristique que la séparation des deux puissances temporelle et spirituelle. L'antiquité païenne l'ignorait : il y avait identité entre ses

lois et ses dieux; ses lois et ses dieux sortaient de la même origine; les deux natures de l'homme restaient unies dans sa politique comme elles le sont dans cette vie, et une seule main tenait tous les fils de la conduite humaine. Mais la société moderne, qui n'a d'instituteur que la Providence, et que je définis le développement spontané de l'homme, s'est partagée comme lui : en dehors d'un monde où la société civile périssait, s'en est formé un autre qui n'a reçu de l'homme que sa partie spirituelle, et qui, se prêtant à toutes les lois humaines sans s'en approprier aucune, s'isolant, pour être universelle, de tout ce qui est muable et limité, s'est maintenue au milieu des révolutions et des ruines par la seule inviolabilité du dépôt qu'elle gardait. Ce fut l'office de la primitive Église d'abriter l'homme moral dans son sanctuaire, et de l'y rendre insaisissable à la société civile; on dirait l'âme laissant sa tunique aux mains qui tentent de la souiller, et leur échappant pure et sans tache. Quand on la voit dénuée de force temporelle, et cependant indéfectible, malgré de profondes altérations, on se sent en effet porté à conclure qu'elle ne doit qu'à la réalité de son principe d'être devenue une puissance : puissance distincte, mais non ennemie de la souveraineté temporelle, avec laquelle elle ne devait ni rompre ni se mêler, et qui n'a livré ou soutenu tant de combats, que parce qu'elle n'a été longtemps comprise ni des autres ni d'elle-même. L'idée d'une transaction sortait naturellement de cette économie de notre monde. La pragmatique de Charles VII, le concordat de François I[er], celui de l'an X ont un caractère commun; c'est d'avoir disposé d'intérêts sacrés par des motifs profanes : la pragmatique de Charles VII n'avait rétabli le principe de l'élection ecclésiastique, que par reconnaissance pour le concile de Bâle qui avait soutenu son trône chancelant; le concordat de François I[er] ne l'avait sacrifié que par complaisance pour Léon X, qui pouvait lui fermer le Milanais; le pape et le roi s'étant partagé ce qui ne leur appartenait pas, le principe banni de Rome et de France alla presque aussitôt se donner à Luther, pour ne plus revenir. Le concordat de l'an X traita aussi la constitution de l'Église comme une chose dans le commerce diplomatique. Mais à cette ressemblance près, il n'y a que des différences entre ces actes célèbres, et la plus grande n'est pas celle des temps.

En l'an X, les libertés gallicanes n'étaient pas seulement une querelle jugée, mais, ce qui est bien plus, une querelle oubliée, et le Vatican venait de voir la souveraineté française de trop près pour la méconnaître. Rome ne négociait plus avec une puissance qui, pour prix de son indépendance politique, lui laissait la domination spirituelle. C'est avec la tolérance qu'elle traitait, elle triomphait de s'entendre assurer qu'elle régnait encore sur la majorité des Français, et le successeur de Grégoire VII rendait grâces au ciel de compter pour la meilleure part dans le dénombrement des consciences. La constitution civile du clergé avait introduit un nouveau schisme dans le reste des fidèles, et subdivisé une des divisions du christianisme. Plus récemment, l'Église n'avait dû qu'à l'indifférence de voir cesser la persécution, qu'elle avait subie après l'avoir exercée. Descendue de la domination à la tolérance, sa situation s'était à la fois abaissée et compliquée. Le problème était d'acclimater le scepticisme à la nouveauté du sentiment religieux, et de réconcilier chaque culte avec ses rivaux et avec lui-même, pour une si grande tâche, ce n'était point assez du génie de la paix et d'une raison éloquente ; il fallait la force, il fallait Bonaparte avec les souvenirs de Rivoli et des Pyramides. Lui-même, il avait à lutter contre sa propre force. Un de ses généraux, après la cérémonie où le catholicisme a repris possession de Notre-Dame, a dit : *Cela est fort beau sans doute, il n'y manque qu'un million d'hommes morts pour détruire ce que l'on rétablit.* Ce mot exprimait une vérité, il définissait mal la révolution, mais il rappelait l'opinion de l'armée. N'est-il pas remarquable que le plus pacifique des principes ait toujours eu besoin chez nous de la protection de la victoire, et que Henri IV et Bonaparte, qui ne l'ont fait admettre qu'après s'être rendus forts par les armes, se sont vus obligés d'imposer silence aux instruments de leur grandeur ? C'est peut-être pour un homme d'État l'épreuve la plus difficile, de maintenir ceux par qui il a vaincu, et de ne pas asservir la politique à la reconnaissance.

Les questions les plus graves occupèrent le pouvoir nouveau. Le moment n'était-il pas venu de tarir dans leur source les vieilles querelles des deux puissances, en les réunissant dans la main qui tenait aussi l'épée? ou tenta par ce con-

seil audacieux l'ambition du premier consul. Mais il écoutait encore la sagesse ; il comprit que leur séparation était un de ces arrangements que l'on ne détruit pas comme une armée, et le consulat naissant n'alla point se briser contre une borne qui reposait sur le fondement des nations. Convenait-il, en maintenant la distinction des deux puissances, de confier à un patriarche national celle que retenait un prince étranger? Mais faire à l'Église française le don forcé de son indépendance, c'était la détruire, elle n'existe qu'avec le chef visible que Rome se réserve ; on n'eût pu l'affranchir ainsi, qu'on me passe le mot, sans la décapiter, et le principe même de la liberté religieuse voulait qu'on respectât son assujettissement. Ne pouvait-on au moins se rapprocher de l'Église primitive, en rendant aux fidèles l'élection de leurs évêques? Mais le droit de nomination avait pour Bonaparte autant d'attrait et d'utilité que pour François Ier, et le consul, en le gardant, avait une excuse que le roi n'avait pas en l'usurpant, à savoir, la consécration de plusieurs siècles; il lui parvenait comme le corrélatif du droit d'institution, qui était devenu celui du pape; ajoutez qu'en s'aliénant à un schisme, le principe électif s'était rendu hostile; et d'ailleurs les réformes radicales n'entraient pas dans l'esprit du consul ni de ses conseils ; le zèle du pouvoir le poussait bien autrement que celui des principes. A défaut de l'Église primitive, la philosophie du dix-huitième siècle n'offrait-elle pas une ressource? Une religion est-elle autre chose qu'un mode arbitraire d'adorer Dieu, et ne devait-on pas réduire le christianisme au niveau de tous les cultes possibles, qui seraient venus, comme autant d'êtres abstraits ou anonymes, se ranger sous une protection banale? Mais ce système eût été un mensonge et une faute; un mensonge, car la société française porte le christianisme dans ses entrailles ; on s'est longtemps disputé pour savoir si l'Église était dans l'État, ou l'État dans l'Église, jamais pour révoquer en doute leur antique cohabitation; une faute, car un homme d'État conséquent ne pouvait voir dans le catholicisme une abstraction de la philosophie sans renoncer à en faire un ressort de sa politique, et voilà de toutes les fautes celle que Bonaparte était le plus incapable de commettre.

La religion est une vérité pour le croyant, un fait social

pour l'homme d'État, un instrument pour l'ambitieux; dans le concordat de l'an X, le croyant peut voir ce qu'il aime, l'ambitieux cache ce qu'il convoite, l'homme d'État seul y dit ce qu'il pense, parce que sa pensée était la seule que les esprits pussent encore supporter.

C'est ce qu'a merveilleusement compris Portalis, avec un désintéressement bien méritoire dans une conscience qui avait ses prédilections. Son rapport au conseil d'État est un exposé simple et austère fait à des hommes qu'il n'est pas nécessaire de convaincre, et qui n'ont besoin que de se ressouvenir. C'est une déclaration dogmatique de notre nouveau droit public. Mais sa harangue au corps législatif, préparée pour des auditeurs que possédaient des passions contraires, avait un effort difficile à tenter sur les préjugés les plus opiniâtres de l'esprit humain. Si Portalis fût venu en missionnaire proclamer une restauration catholique, il eût soulevé une tempête que l'ascendant de Bonaparte eût à peine conjurée, pour une partie de son auditoire, le retour du catholicisme était une évocation sinistre de nos plus mauvais jours; il y régnait un reste vivace de scepticisme, une répugnance unanime pour la domination sacerdotale, un certain pressentiment de despotisme, un découragement douloureux de quelques républicains sincères, et je ne sais quelle vague rancune que laissent après elles les longues hostilités. Le siècle et le catholicisme se redoutaient par le souvenir de leurs excès réciproques, et craignaient jusqu'à l'aspect des blessures qu'ils s'étaient faites. La tâche de Portalis était de prendre la religion par la main, pour l'introduire discrètement au milieu de toutes ces défiances, et de sauver les premiers embarras d'une entrevue. Aussi voyez comme il procède : c'est en alléguant la nécessité d'une religion quelconque qu'il aborde son auditoire; il puise ses arguments dans la philosophie morale, et ses exemples dans l'antiquité profane, c'est-à-dire dans les notions qui ont conservé un reste d'autorité sur les esprits. Il demande ensuite s'il convient d'établir une religion nouvelle : thèse inouïe, dont le scandale eût fait explosion quelques années plus tôt, et qui en l'an X flattait la toute-puissance législative. C'est sous la sauvegarde de ces préliminaires que l'orateur propose le christianisme, comme un candidat à une place vacante, et nos législateurs ont pu

croire un instant que la religion du Christ n'allait devoir qu'à leur choix sa seconde fondation. Mais en exposant les titres du culte qui est devenu son client, ne craignez rien : il n'aura pas la pieuse imprudence d'aller les chercher dans son origine; il sait trop bien de quelles matières inflammables il faudrait approcher la lumière. Le christianisme est un fait; son premier titre est d'être en possession. Il dispose des croyances établies, et la religion, à laquelle un gouvernement sage doit s'allier, n'est-elle pas celle qui lui apporte en dot la plus grande force morale? Le christianisme n'a-t-il pas fait ses preuves de sociabilité? L'histoire ne témoigne-t-elle pas qu'on peut vivre avec lui? C'est une erreur de croire qu'il ait une préférence pour le pouvoir absolu ou qu'il comprime l'essor de l'esprit; il est perfectible, il seconde les sciences et les arts, il s'élargit avec la civilisation; et cette raison humaine, qu'il a tant de fois combattue et brisée, ne le voyez-vous pas devant elle, plaidant comme son justiciable, et mettant tout son espoir à lui prouver qu'ils s'entendent?

Mesurons ici la marche du temps. On était loin sans doute de ce 4e siècle, où saint Hilaire gémissait, comme d'une profanation, des secours que la religion acceptait des puissances temporelles; mais on était plus près du 18e, où Fleury avait renouvelé les mêmes plaintes; on était plus près encore de cette époque où Montesquieu, coupable d'avoir signalé dans le christianisme son utilité politique, avait été réduit à se justifier du reproche d'athéisme. Cette accusation d'une feuille ecclésiastique, il la repousse comme un danger réel, sérieux, menaçant, avec l'ironie laconique et l'indignation contenue qui caractérise sa défense de l'*Esprit des lois*. La religion, dominante et par conséquent susceptible, souffrait comme un sacrilége l'examen et jusqu'aux éloges d'un publiciste; elle se croyait déchue de son origine, destituée de sa divinité par l'insolente approbation d'un homme. Voici cependant qu'en l'an X, un orateur apporte aux représentants de la nation une convention avec le pape, et demande pour le christianisme la sanction du scrutin. Son triomphe est de persuader que le gouvernement des consciences ne saurait être indifférent au gouvernement civil; c'est toute sa thèse; il la compromettrait en osant davantage, et on loue son habileté de n'être pas allé plus loin. La religion saisissait la main puissante que lui tendait

Bonaparte, et acceptait avec reconnaissance une place parmi les institutions sociales. Que s'était-il donc passé dans cet intervalle de l'empire à la supplication? Ce qui s'était passé? demandez-le à l'intelligence suprême qui change et conserve tout, à la Providence. Il est impossible de ne pas reconnaître qu'une vicissitude venait de s'accomplir dans ce que la religion a de muable. Rappelez-vous que Montesquieu avait fait dans son livre une profession de foi personnelle; remarquez que Portalis s'en abstient dans son discours. Du temps de l'un, le culte s'indignait qu'on pût voir en lui un auxiliaire de la politique; du temps de l'autre, la politique s'inquiète qu'on fasse du premier un élément social, et pour obtenir qu'on l'agrée à ce titre, il faut un prodige de précautions oratoires. Le discours qui résout ce problème est très-certainement une date de notre histoire; il est en même temps un modèle de cette éloquence insinuante et franche, la première de toutes dans nos temps modernes, parce qu'elle se fait écouter de ceux qu'elle contrarie.

C'est de tous ces traits que se compose le caractère général du concordat de l'an X, acte de modération et de force, d'ordre et de tolérance, qui donne la liberté à la masse, sans imposer de contrainte à l'individu, qui règle la vie publique, sans violer la vie privée, et qui, pour faire à tous les cultes la violence de l'égalité, saisit le seul instant où leur commune détresse pouvait l'accepter comme un bienfait. O temps de sagesse et de puissance! moment unique et rapide! Malheur à nous, faibles jouets des oscillations politiques, si jamais nous dérangions cet équilibre qui n'a été trouvé qu'une fois!

Après le concordat, le code civil. C'etait une éblouissante succession de grandes choses; cette campagne législative compte comme la plus brillante des campagnes militaires; la loi se piquait de la même rapidité que la victoire.

Mais aussi comme tout était mûr pour un code civil! comme tous les obstacles s'étaient aplanis dans l'état des personnes, dans la division du territoire, dans l'ordre religieux! L'état des personnes en offrait encore en 89, malgré l'affranchissement des communes et la récente abolition des derniers vestiges du servage; il en offrait dans l'existence de la mainmorte, et dans la distinction des trois ordres qui entraînait avec elle la garde-noble et l'inégalité des partages. La di-

vision du territoire avait les siens; les provinces, en se réunissant, n'avaient point abandonné leurs privilèges; la Lorraine avait refusé d'enregistrer l'ordonnance de 1667 sur la procédure, et, sous la constituante elle-même, les parlements de Rennes et de Rouen venaient de protester contre toute atteinte à ceux de la Bretagne et de la Normandie. L'article 1er du code, *les lois sont exécutoires dans tout le territoire français*, eût été impossible sous l'ancien régime, et ces simples paroles ont derrière elles une révolution tout entière. Avec une religion dominante, l'État civil n'appartenait pas à la souveraineté temporelle, il fallait, selon l'heureuse expression de Portalis, séculariser la législation. C'est ainsi qu'en récapitulant les résistances vaincues pour obtenir un code civil, on résume toute notre histoire.

Mirabeau avait déclaré qu'on ne pourrait réformer la procédure qu'après l'organisation judiciaire, et l'organisation judiciaire qu'après les lois civiles. Mais sa sagesse fut mise en défaut par une sagesse plus grande. Il était naturel qu'une révolution à la fois sociale et politique s'adressât d'abord à l'organisation judiciaire, les parlements devaient tomber avant les coutumes, et la procédure suivre la loi civile dont elle règlait l'application.

En passant du concordat au code civil, Portalis aperçut leurs ressemblances et leurs dissemblances, avec cette justesse de coup d'œil qui est en tout la première condition du succès. Ils avaient tous deux leur racine dans les antiquités du moyen âge; de là cette science du passé dont ils sont nourris également. Mais le concordat tenait plus intimement aux circonstances contemporaines, touchait à des plaies encore saignantes, mettait fin à des querelles plus passionnées, tandis que le code, enfantement spontané après une gestation de plusieurs siècles, prenait tranquillement au milieu de nous une place non contestée; c'était un fruit à maturité qui se détachait de lui-même. Le discours préliminaire du projet de code, admirable préface de ce bel ouvrage, porte l'empreinte de cette différence; supérieur par le style et par les vues au discours sur le concordat, il fut en réalité moins difficile. Le premier avait une conversion à faire, sans en laisser paraître la prétention; le second n'avait qu'une explication à fournir à des esprits qui s'empressaient au devant d'elle. Aussi put-

ou vérifier alors à quel point la mesure et la dignité de la parole rengissent sur les esprits; il faudrait avoir, comme nos pères, éprouvé dans les mauvais jours de la révolution la satiété des discussions âpres et violentes, pour comprendre combien dut sembler nouvelle la langue législative de Portalis : à cette raison calme et lumineuse, à ces préceptes presque oubliés sur la bonté relative des lois, sur leur origine et leur destination sociale, sur la sobriété nécessaire du pouvoir qui les donne, à l'autorité de ces démonstrations historiques qui maintiennent le respect des traditions, à cet enseignement grave et paisible, qui détrompe par le simple rétablissement des principes, qui corrige par la censure inoffensive des contrastes, on crut reconnaître Montesquieu.

La vénération des peuples, que le temps fortifie de jour en jour, s'attacha aussitôt aux noms des rédacteurs du code, et, en effet, qui aurait à choisir entre toutes les gloires d'ici-bas, en trouverait difficilement une plus pure. Celle du législateur antique ne peut désormais se reproduire, la création d'une cité par la seule vertu de la loi n'a été possible que dans la jeunesse du monde. Mais s'il était beau d'asservir un peuple primitif à son génie, l'est-il donc moins de trouver l'expression des besoins que la vieille humanité tient de la Providence, et de s'associer ainsi à une œuvre divine? Les rédacteurs du code se sont approprié, en faisant une bonne loi civile, tout ce que la Providence abandonne du gouvernement de ce monde à la sagesse humaine. Pour comprendre la grandeur de leur ouvrage, transportez-vous par la pensée à l'époque qui l'a précédé; comptez ses origines si nombreuses et si disparates, le droit romain avec l'orgueil de son antique civilisation, la coutume avec les mille taches de sa bigarrure féodale, les ordonnances avec leurs essais partiels d'uniformité; suivez de l'œil ces fleuves qui coulent à travers les siècles vers un rendez-vous commun, jaloux d'abord de leur existence et de leur nom, fiers ensuite de se perdre dans la glorieuse unité qui les absorbe; ramenez vos regards sur ce code où tant d'intérêts, jadis souverains, viennent abdiquer, et vous aurez une émotion solennelle, une docte et patriotique jouissance à l'aspect de cette destinée nationale qui s'accomplit. Voyez avec quelle exactitude toutes ces puissances du passé sont représentées dans le conseil d'État, où elles vont

contracter alliance : voici Tronchet, le Papinien du droit coutumier, homme simple, grave et profond; on ne remarquerait pas que ses idées se sont peu généralisés, s'il n'était assis à côté de Portalis; les esprits de cette trempe creusent à leur place, sans s'étendre. Il a puisé dans la culture du droit le courage de défendre Louis XVI. Papinien est mort pour avoir refusé de faire l'apologie d'un parricide; Tronchet s'est dévoué pour en prévenir un autre. Chef de ce tribunal suprême qui est le symbole de l'unité, il y garde comme magistrat le principe qu'il fonde comme législateur. Voilà Treilhard, jurisconsulte éminent, fervent apôtre des doctrines nouvelles. Il appartient à ces esprits rigoureux qui, dans un temps de réforme, imposent la logique aux affaires, substituent le raisonnement à l'observation, et, pour être conséquents, risquent de n'être plus vrais. Ils s'exagèrent, sans s'en apercevoir, la puissance de la loi. Treilhard a laissé un discours sur la constitution civile du clergé; il lui est arrivé d'indiquer à l'assemblée les deux divisions de son sujet dans l'ordre suivant : *Les changements qu'on vous propose sont-ils utiles ? avez-vous le droit de les ordonner?* et d'accorder la priorité à celle-là comme à la plus importante? Cette physionomie douce et calme, à l'œil demi-voilé, au regard qui va s'éteindre, c'est Portalis, il stipulerait pour le droit romain, si un autre intérêt que celui de l'alliance, dont il est l'espoir, pouvait le préoccuper. De ses illustres collaborateurs aucun n'a autant que lui la conscience de sa mission et l'intelligence de son œuvre; ils ont habiles ouvriers, il est architecte. Aussi est-ce lui qui l'a ouverte, et c'est lui qui doit la clore. S'il se présente une difficulté de transition, s'il faut annoncer la fonction historique du code dans un discours préliminaire qui doit durer autant que lui, déterminer par le vrai caractère de la loi son mode de promulgation, mettre le mariage en harmonie avec la société nouvelle, fixer les rapports de la propriété privée et de l'Etat, et, du haut de cet édifice achevé, proclamer solennellement l'unité conquise, on a recours à la supériorité qu'il tient de la philosophie. La philosophie n'est étrangère ni à Tronchet ni à Treilhard, mais ils subissent passivement celle de leur époque, au lieu que Portalis réagit sur elle par la méditation et la critique; avantage qu'il eut sur D'Aguesseau, qui semble avoir traversé, sans

la voir, celle du 18e siècle. Autour d'eux se groupe le noble essaim des Préameneu, des Siméon, des Berlier, des Malleville. Mais à leur tête voyez cette figure pâle, illuminée par des yeux ardents, jetant par intervalles dans le conseil quelques paroles brèves, pleines de sens et de décision; c'est la révolution couvant son œuvre, c'est la force assistant le droit, c'est Bonaparte. Comme le concordat, le code civil n'a pu naître qu'à côté de son épée. Sa part dans le code est plus grande que celle de Justinien dans les Pandectes, et c'est à plus juste titre que son nom y resterait attaché. Si quelque chose vous paraît manquer à ce tableau, complétez-le par l'imagination. Pourquoi n'évoquerait-elle pas dans l'enceinte du conseil d'État les hommes d'élite qui, pendant des siècles, ont poursuivi le fantôme insaisissable de l'unité, tous ces héros de notre épopée législative, Charlemagne, Charles VII et saint Louis, L'Hospital, Lamoignon et D'Aguesseau, Dumoulin, Brisson et Domat, Lamoignon se rappelant les conférences que ne présidait pas Louis XIV, Dumoulin se rapprochant de Tronchet, L'Hospital de Portalis, Charlemagne de Bonaparte, tous, à l'éclat soudain d'une vérité longtemps cherchée, saisis de cette admiration jalouse, que nous connaîtrions à notre tour, si nous assistions dans quelques siècles à l'explication d'un des mystères du nôtre! Ce congrès du présent et du passé n'aurait-il donc pas une sorte de réalité scientifique?

On faillit échouer au port. La plus vive opposition au code vint d'où on l'attendait le moins, de la philosophie moderne, dont cependant il accomplissait les vœux, et qu'une meilleure intelligence de notre histoire eût préservée de cette inconséquence. Plusieurs rejets prononcés par le tribunat semblèrent menacer le code tout entier, et la volonté forte de Bonaparte, aidée de l'éloquence de Portalis, fut le lien commun qui retint les trois éléments prêts à se désunir. Le consul retira d'abord le projet, ce que Portalis appelait *mettre le tribunat à la diète*, et, plus tard, pour le rendre aux espérances de la nation, il se crut obligé de faire de ce corps ce qu'il faisait, à la guerre, de son ennemi; il le mutila, et finit par le supprimer. Le plus parfait des codes naquit sous la pire des constitutions, et, si je ne craignais de blasphémer, je rendrais grâces au despotisme politique de la liberté ci-

vile. Car ce grand ouvrage eût été impossible sur la charte; la pétulance de nos chambres agite trop les germes qu'on leur donne à féconder, celui du code fût resté stérile dans leur sein.

Enfin il a été donné à la France, un bras inflexible l'a implanté sur son sol. Propagé par nos armes, il s'est consolidé par sa sagesse dans les conquêtes d'où elles se sont retirées. Quand les croisés, après la prise de Constantinople, dispersèrent les ossements des empereurs grecs, ils s'aperçurent avec surprise que le corps du législateur Justinien était seul entier dans son tombeau. Comme s'il était dans la destinée de la France d'exercer toujours une suprématie même au temps de ses revers, nous la voyons dominer l'Europe dans les dernières années de Louis XIV par sa littérature, et après la chute de l'empire par sa législation civile; énergique protestation des mœurs et des besoins des peuples contre les limites arbitraires qui les séparent.

A peine né, le code a été l'objet de deux inquiétudes contradictoires, Bonaparte s'est plaint que la science s'emparât de son texte, comme si ce texte dans sa précision sévère, c'est-à-dire dans sa perfection même, n'eût pas eu besoin de l'exégèse, et l'on s'est plaint en même temps que, par je ne sais quelle réaction parricide, il ait tué la science dont il est né. On répète que le droit s'en va, depuis que le droit est fixé chez nous. Portalis avait cependant pris soin d'indiquer le nouveau mouvement que les idées allaient recevoir de la codification, forme nécessaire de toute législation qui passe de la diversité féodale à l'unité monarchique. Il avait prédit et conseillé l'étude des sources; c'était le procédé inverse du premier; on ne cherche plus ce que l'on a trouvé; l'investigation cesse après la découverte. Mais lorsque l'esprit humain, si ardent à la poursuite d'une vérité lointaine, a dégagé l'inconnu de ses ténèbres, il ne se repose qu'un moment dans la contemplation de sa conquête; son incessante activité recommence un autre mouvement, et remonte le fleuve qu'il vient de descendre. Dumoulin, qui tendait à une synthèse, a dû percer vers l'avenir qui la contenait; aujourd'hui nous le verrions mettre toute la puissance de ses efforts à revenir sur son itinéraire, et à recueillir dans le passé les fils épars de la science, pour les rattacher à l'unité que nous possédons. C'est l'histoire après la synthèse; c'est la Genèse après la

création; c'est encore une œuvre digne de l'intelligence.

Puisque le style est l'homme, j'omettrais un des caractères remarquables de Portalis, si je ne relevais dans le sien, non seulement une qualité qui lui est commune avec D'Aguesseau, le ton grave du législateur, qui s'émeut sans s'agiter de la grandeur de son sujet, qui dépose dans une phrase dogmatique, élégante, quelquefois figurée, toujours substantielle, le résultat d'une expérience ou d'une étude; mais son trait distinctif, l'habitude que lui donne une philosophie affectueuse de chercher dans le cœur la raison première de ses principes. Tout a été dit sur l'inégalité des conditions et la diversité des offices; cependant lorsqu'en expliquant le droit de propriété, Portalis veut rassurer sur les abus de la richesse et des différences sociales, ses arguments rajeunissent, parce qu'il ne les puise plus dans la source ordinaire, mais en nous-mêmes; sa démonstration se tourne en sentiment. « L'humanité, la bienfaisance, la pitié, dit-il, toutes les » vertus dont la semence a été jetée dans le cœur humain, » supposent ces différences, et ont pour objet d'adoucir et de » compenser les inégalités qui en naissent, et qui forment le » tableau de la vie. » Et en effet, si Dieu n'a rien fait d'inutile, il faut qu'il y ait des forts et des faibles, des riches et des pauvres, du bonheur et du malheur, pour que la bienfaisance et la pitié ne nous aient pas été données vainement. Il y a du charme dans sa manière de prouver par la loi naturelle l'indissolubilité du mariage; il parcourt toutes les périodes de la vie, depuis l'enfance où *les hommes existent longtemps avant de savoir vivre, comme, vers la fin de leur carrière, souvent ils cessent de vivre, avant de cesser d'exister*, et l'âge plus avancé où *les époux sentent le besoin de s'aimer et la nécessité de s'aimer toujours*, jusqu'à *la vieillesse, qui n'arrive jamais*, dit-il, *pour des époux fidèles et vertueux. Au milieu des infirmités de cet âge, le fardeau d'une vie languissante est allégé par les souvenirs les plus touchants, et par les soins si nécessaires de la jeune famille dans laquelle on se voit renaître, et qui semble nous arrêter sur le bord du tombeau.* C'est ainsi qu'il prolonge le lien conjugal jusqu'aux dernières épreuves de la vie, ne trouvant dans la continuité de nos besoins, de nos affections et de nos devoirs, aucun intervalle pour le rompre, sans manquer aux uns ou aux au-

tres. J'ai encore présente l'impression que je reçus il y a trente ans, lorsque je lus pour la première fois le discours sur le titre préliminaire du code; ma raison d'étudiant acquiesçait à l'axiome de droit énoncé dans toute sa sécheresse: *la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif*, et je ne sentais le besoin d'aucune démonstration; les paroles suivantes me révélèrent cependant un autre monde: « La tête d'un grand législateur est une espèce d'Olympe, » d'où partent ces idées vastes, ces conceptions heureuses qui » président au bonheur des hommes et à la destinée des em- » pires. Mais le pouvoir de la loi ne s'étend point sur les » choses qui ne sont plus, et qui, par cela même, sont hors » de son pouvoir. L'homme qui n'occupa qu'un point dans » le temps comme dans l'espace, serait un être bien malheu- » reux, s'il ne pouvait se croire en sûreté, même pour sa vie » passée: pour cette portion de son existence, n'a-t-il pas » déjà porté tout le poids de sa destinée? Le passé peut laisser » des regrets, mais il termine toutes les incertitudes. Dans » l'ordre de la nature, il n'y a d'incertain que l'avenir, et » encore l'incertitude est alors adoucie par l'espérance, cette » compagne fidèle de notre faiblesse. Ce serait empirer la » triste condition de l'humanité, que de vouloir changer par » le système de la législation le système de la nature, et de » chercher, pour un temps qui n'est plus, à faire revivre » nos craintes, sans pouvoir nous rendre nos espérances. » — Loin de nous l'idée de ces lois à deux faces, qui, ayant » sans cesse un œil sur le passé et l'autre sur l'avenir, dessé- » cheraient la source de la confiance, et deviendraient un » principe éternel d'injustice, de bouleversement et de désor- » dre. » La noble chose que la science du droit ainsi enseignée! Après ce calcul frappant d'évidence sur la destinée humaine, ne vous sentez-vous pas mieux protégé par la vérité légale qui en ressort? N'êtes-vous pas touché de ce mouvement de compassion pour l'homme, jeté dans une dissertation de jurisconsulte; de cet axiome qui s'anime et s'attendrit, en un mot de cette éloquence aussi nouvelle dans la science du droit, qu'elle l'avait autrefois été dans la morale, lorsqu'elle y fut introduite par Rousseau? Vauvenargues a raison: les grandes pensées viennent du cœur.

Portalis avait fixé les rapports des cultes avec l'État; en

1804 l'empereur lui en confia la police, et il fit le premier essai du ministère nouveau dont il était presque le créateur. Après avoir posé les principes, il eut la tâche non moins difficile de discipliner les hommes, et de leur apprendre à ne confondre pas la tolérance religieuse avec la tolérance sceptique. Il éprouva surtout que, sous le régime constitutionnel des cultes, la force qui protége est aussi quelquefois, est même le plus souvent la force qui contient. La puissance spirituelle est, en effet, plus sujette que toute autre à la loi commune; elle trouve au fond de notre âme une autre puissance toujours prête à se liguer avec elle dans ses tentatives d'agrandissement. A mesure que les temps de persécution s'éloignent, sa force d'expansion recommence son travail, elle s'indigne contre ses rivages, et ne recouvre sa sécurité qu'avec son ambition. Aussi le concordat, en vieillissant, vérifie-t-il de jour en jour le mot par lequel le premier consul révélait au général Lafayette l'esprit dans lequel il a été conçu, et qu'à son défaut le discours de M. Siméon au tribunat nous avait appris (1) : le concordat est plutôt destiné à servir de frein que d'égide. Tout système qui retournerait ses précautions dans un sens contraire, en ajoutant une exubérance de force où le sentiment religieux porte déjà la sienne, donnerait un démenti à sa prudence. L'exemple de Portalis montra comment la piété intelligente de l'homme d'État entend le zèle selon la sagesse.

Cependant il sentait depuis plusieurs années l'affaiblissement graduel de sa vue ; tout à coup la cataracte s'épaissit au point de rendre une opération nécessaire ; il la subit avec courage, mais elle n'eut d'autre effet que de lui montrer un moment sa famille ; il retomba bientôt dans une cécité plus

(1) « Vous me reprochez un acte de tyrannie contre un prêtre, j'en conviens, c'est » un acte de tyrannie (on avait fait enfermer ce prêtre comme fou, à cause d'un ser- » mon séditieux), mais quel autre moyen de les contenir, tant qu'ils ne seront pas » soumis à une discipline? » Mémoires de Lafayette, Histoire de France, par Bignon, tome II, p. 188.

Extrait du discours de M. Siméon. « Quoique les entreprises de la cour de Rome, » grâce au progrès des lumières et à sa propre sagesse, puissent être reléguées parmi » les vieux faits historiques dont on doit peu craindre le retour, la France s'en était » trop bien défendue, elle avait trop bien établi, même sous le pieux Louis XI, l'in- » dépendance de son gouvernement et les libertés de son Église, *pour que l'on pût* » *négliger les barrières déjà existantes*. L'appel comme d'abus est rétabli contre » l'usurpation et l'excès de pouvoir, etc. Ainsi *toutes les précautions sont prises* et » pour le dedans et pour le dehors. »

complète : *N'importe*, dit-il, *j'ai pu voir mes petits-enfants*. Ce mot est touchant, un père, dans ce bienfait sitôt retiré, dans l'éclair qui venait de rendre sa nuit plus profonde, avait encore aperçu ce qu'il gagnait sur son malheur; pour qui n'aurait rien aimé, ce malheur eût été sans compensation. Je vois encore d'ici Portalis présider une distribution de prix, et sa main, errante sur la tête du vainqueur, chercher où poser la couronne.

Une de ses facultés les plus puissantes, sa mémoire, semblа s'exalter dans les ténèbres. Déjà au conseil des anciens, elle lui avait rendu l'office du sens qu'il allait perdre, avec une fidélité qui faisait illusion dans ses longues lectures de président et de rapporteur. Cette fois elle redoubla d'énergie: il voulut prouver à l'Académie qu'il lui appartenait encore par l'activité intellectuelle, et que les rapports de l'esprit, comme ceux du cœur, sont les derniers qui se brisent. Il entreprit l'éloge de l'avocat général *Séguier*. Il le composa dans sa tête, apportant à l'expression de sa pensée le même scrupule que si la plume l'eût fixée sous ses yeux, ajoutant, effaçant d'après les préceptes les plus sévères de Boileau, soumettant à ses amis les épreuves successives de cette imprimerie mentale, et conservant sans confusion les passages corrigés, les corrections et les avis. Cette composition remarquable, dont l'effort rappelle celui de deux grands poëtes, fut lue par M. de Fontanes dans la séance publique du 2 janvier 1806.

Qu'est-ce que tout cela qu'un avertissement? eût pu demander La Fontaine. Et, en effet, il y a de ces morts partielles et successives, dont une première infirmité n'est que le commencement. Portalis acheva la sienne peu de temps après. A envisager que sa fonction sociale, fut-il à plaindre? C'était en 1807; les voies du consulat étaient abandonnées; l'empire inclinait rapidement vers le despotisme; les usurpations du décret sur la loi dataient de 1806; pour un fondateur de l'ordre légal, ennemi de l'intempérance dans le pouvoir comme dans la liberté, il n'y avait que la lutte ou l'apostasie. Il fut dispensé de faire un choix; il ne vit pas le gouvernement qu'il avait aimé et servi abuser de sa force et dégénérer par la victoire. Il y avait eu de l'opportunité dans son avénement aux affaires, il y eut de l'à-propos jusque dans sa mort.

HELLO,

Avocat général à la cour de cassation.

COMMENTAIRE

SUR L'ART. 173 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

EXCEPTION. — NULLITÉS.

A quelle période de l'instance les nullités de procédure doivent-elles être proposées?

Au titre des *Exceptions*, le § 3, intitulé *des nullités*, se compose d'un seul article ainsi conçu :

« Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence. »

Et l'on trouve, à la fin du Code de procédure, trois articles spécialement destinés à parler des nullités (art. 1029, 1030 et 1031).

D'où nous concluons que le § 3 ne devait pas être intitulé des nullités, mais bien, *à quelle période de l'instance les nullités de procédure doivent être proposées*.

L'art. 173, dont les motifs sont faciles à pénétrer et qui paraît d'une application simple, a cependant donné lieu à d'assez sérieuses difficultés.

§ 1er. Nous n'examinerons point *en quoi consistent les nullités substantielles et les nullités qui ne sont point substantielles*. Cette importante division des nullités ne concerne que la procédure en général et ne peut avoir aucune influence sur l'application de l'art. 173. Si la nullité proposée se rattache à un exploit ou à un acte de procédure, cette nullité, substantielle ou non, est couverte lorsqu'elle n'est point proposée avant toute défense ou exception.

Telle est aussi l'opinion de M. CARRÉ (t. 1er, n° 753), il

concilie parfaitement avec cette doctrine un arrêt de la cour de cassation du 24 décembre 1811, qui semble contraire au premier examen.

Le même auteur (t. 1er, n° 746, et M. Boitard, t. 2, p. 50) donnent pour exemples des actes de procédure autres que les exploits introductifs, les procédures d'enquête; nous acceptons complétement leur explication. C'est aussi ce qui a été décidé en thèse générale par un arrêt de la cour de Besançon, du 30 mai 1828.

Le 22 décembre 1813, la cour d'Orléans avait jugé avec raison que les actes d'appel devaient être considérés comme des actes de procédure (J. A., t. 12, p. 495).

L'art. 173 comprend tous les exploits judiciaires ou extrajudiciaires, d'où il résulte que la cour de Rennes a jugé à tort, le 28 avril 1813 (J. A., t. 19, p. 173), que la nullité d'une consignation n'est pas couverte par une procédure ultérieure; notre opinion a pour appui un arrêt de la cour de cassation, du 5 décembre 1826 (J. A., t. 32, p. 287).

Nous pensons néanmoins avec M. Thomine-Desmazures, t. 1, p. 327, que dans le cas où un acte irrégulier, nul en lui-même, ne peut plus être attaqué, il est du devoir du juge de tenir compte des circonstances, notamment en matière d'enquête, lorsqu'il rend la décision sur le fond.

La disposition de l'art. 173 a été étendue à la procédure de cassation, par un arrêt du 21 juin 1815 (J. A., t. 12, p. 501). La cour suprême puise souvent ses motifs de décider, pour sa procédure particulière, dans les dispositions du Code de procédure.

§ 2. La controverse n'est plus permise sur *l'assimilation que quelques praticiens avaient essayé d'introduire des nullités d'exploits ou d'actes de procédure aux nullités de titres, de conventions, d'obligations.*

Telle est aussi l'opinion de MM. Thomine-Desmazures, t. 1, p. 326; Favard de Langlade, t. 2, p. 468; Boitard, t. 2, p. 53, et Boncenne, t. 3, p. 266. « Il est d'autres espèces de » nullités, dit ce dernier auteur, qui, sans effleurer la forme » des actes, s'attaquent au fond des choses, au titre générateur de l'action, à la qualité, à la capacité, à l'intérêt de la » personne qui l'exerce.

» Mais ces nullités ne sont plus seulement des fins de *non-*

» *procéder*, des barres mises en travers, *quasi cancelli qui* » *circumscribunt*, elles sont des fins de non-recevoir, de vé» ritables défenses, *arietes qui infringunt*, qui battent et » détruisent à la fois et sans retour l'instance et l'action; » elles peuvent être proposées en tout état de cause. »

Le 4 avril 1810 (J. A., t. 12, p. 473), la cour de cassation a posé le principe en décidant que l'art. 173 est inapplicable au cas où on veut prouver le défaut d'intérêt et dans lequel il ne s'agit de nullité d'aucun acte de procédure.

Application du même principe a été faite par la même cour, le 1er mai 1815, en matière d'inscription hypothécaire (J. A., t. 12, p. 500).

La cour de Lyon a été plus loin, car elle a décidé, le 9 juillet 1830, que l'exception de payement pouvait être opposée, encore que le jugement qui condamnait à payer fût passé en force de chose jugée (J. A., t. 44, p. 192).

Enfin il a fallu deux arrêts pour consacrer ce principe élémentaire, que la partie qui reconnaît un point de droit comme vrai, peut néanmoins le contester jusqu'à la décision définitive, et qu'elle n'acquiesce pas d'avance à un jugement rendu contrairement à la loi (Cour supérieure de Belgique, arrêts des 29 novembre 1822 et 29 mars 1826, *Journ. des arrêts* de cette cour, t. 2 de 1822, p. 15, et t. 1er de 1826, p. 293).

Le 10 avril 1807, la cour de cassation a assimilé la nullité des procès-verbaux des droits réunis à une nullité du titre même de l'action, par conséquent péremptoire et proposable en tout état de cause (J. A., t. 12, p. 447).

Mais une difficulté plus sérieuse a été soulevée à l'occasion du bénéfice de discussion qui peut être réclamé par une caution en vertu de l'art. 2022 code civ.

La cour de Paris a jugé, le 21 avril 1806, que cette exception devait être proposée *in limine litis* (J. A., t. 12, p. 442).

MM. Paillet, dans son Manuel, sous l'art. 2022, et Favard de Langlade, vº *Cautionnement*, sect. 1re, § 2, art. 1er, s'élèvent avec raison contre cette jurisprudence.

Il est évident, selon nous, que c'est là une exception péremptoire qui ne tient nullement à la forme d'une procédure judiciaire ou extrajudiciaire. Et du reste, comme l'ont fait observer les auteurs que nous venons de citer, la discussion

révèle suffisamment le sens que le législateur a voulu attribuer à ces mots : *sur les premières poursuites*. Dans la première rédaction du conseil d'État, l'article portait que *le créancier ne serait obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requerrait.* Cette rédaction parut trop vague au tribunat, qui pensa fort sagement que le créancier ne doit pas être le jouet du caprice de la caution, et en adoptant cette pensée, le conseil d'État ajouta ces mots : *sur les premières poursuites dirigées contre elle.*

Nous pensons également avec les cours de cassation et de Colmar, arrêts des 24 février 1825 et 14 juillet 1836 (J. A., t. 29, p. 58, et t. 52, p. 29), que la nullité d'une délibération de conseil de famille peut être proposée, en tout état de cause, par celui dont l'interdiction est poursuivie, parce que, comme l'a dit la cour de cassation, cette nullité constitue une exception péremptoire.

§ 3. *S'il est vrai de dire que les jugements ou ordonnances des juges doivent être considérés comme des* actes de procédure, *les nullités qui les concernent appartiennent-elles à l'ordre public ou doivent-elles être proposées avant toutes défenses au fond?*

D'abord, il faut poser en principe, parce que c'est un point incontestable établi par une jurisprudence uniforme, que la cour de cassation accueille les moyens tirés d'un vice de rédaction dans les jugements ou d'une composition illégale du tribunal qui les a rendus. Ainsi la cour annule des arrêts non motivés ou rendus par d'autres juges que ceux qui ont assisté aux conclusions, etc.

De là une conséquence irrécusable, c'est que ces nullités sont d'ordre public, peuvent être proposées en tout état de cause, et doivent être suppléées par le juge.

C'est ce qui nous paraît avoir été jugé par la cour de Bourges le 16 janvier 1826 (*Journal des arrêts* de cette cour, 1826, p. 197), par la cour de Toulouse le 24 janvier 1825 (J. A., t. 30, p. 13), et par la cour de Poitiers le 21 mars 1827 (J. A., t. 33, p. 366).

Cependant on peut opposer à cette doctrine plusieurs arrêts qui ont jugé que l'art. 173 était applicable aux nullités de jugement, notamment ceux de la cour de Rennes du 10 décembre 1813, de la cour d'Orléans du 22 décembre 1813, de

la cour de Bourges des 31 décembre 1814 et 31 juillet 1829, de la cour de Rennes du 20 avril 1820, de la cour de Toulouse du 6 août 1827, et de la cour de Bordeaux du 20 mai 1829 (J. A., t. 12, p. 493 et 495; t. 35, p. 310; *Journal des arrêts* de Bordeaux, 1829, p. 359).

Tout en persistant dans notre opinion, nous n'allons pas jusqu'à soutenir qu'on puisse proposer devant la cour de cassation, pour la première fois, la nullité du jugement de première instance dont on n'a pas parlé en appel. Dans ce cas, la procédure régulière suivie en appel et l'arrêt intervenu nous semblent péremptoirement couvrir toute espèce de nullité du jugement. Telle est la jurisprudence de la cour de cassation conforme à la doctrine des auteurs (*Voy.* arrêts des 11 frimaire et 4 nivôse an IX, et 30 novembre 1831, J. A., t. 12, p. 427 et 428, et t. 43, p. 530).

Et nous approuvons également un arrêt de la cour de Poitiers, du 8 juillet 1830, qui a décidé qu'une partie ne pouvait pas demander en appel la nullité d'un jugement qu'elle avait exécuté spontanément.

§ 4. *Il existe en pratique une autre fin de non-recevoir, tirée de la déchéance, de l'expiration des délais impartis pour intenter une action; des délais d'opposition et d'appel; de l'acquiescement, etc., celle qu'on qualifie de péremptoire, l'art. 173 devra-t-il lui être appliqué pour déterminer l'époque où elle ne sera plus proposable?*

1° Evidemment non. Les termes de l'art. 173 repoussent l'affirmative : où il s'agit d'un droit concernant le fond comme un acquiescement direct ou indirect, ou de la prescription du droit lui-même, comme l'expiration du délai imparti par la loi pour agir; dans aucun cas, on ne demandera la nullité d'un exploit ou d'un acte de procédure; on opposera les moyens péremptoires appelés si énergiquement, par M. Boncenne, *arietes qui infringunt*. Cependant, ces moyens ne pourront pas être invoqués en tout état de cause.

Ce n'est plus, il est vrai, l'art. 173 qui régira la matière, mais bien les principes généraux qui permettent d'opposer à un plaideur sa renonciation implicite à un droit ouvert en sa faveur et le texte de l'art. 2224, code civ., ainsi conçu (1)

(1) M. Carré, t. 1er, no 665, a pensé avec raison que les juges ne pouvaient pas d'office suppléer de semblables exceptions. La cour de cassation nous paraît donc

« *La prescription peut être opposée en tout état de cause,*
» *même devant la cour royale, à moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription ne doive, par*
» *les circonstances, être présumée y avoir renoncé.*

Ces principes, une fois admis, expliqueront les variations apparentes de la jurisprudence dans certaines espèces qui offriraient des contradictions choquantes, si on voulait les rattacher toutes à l'art. 173, code proc. civ.

2° La difficulté, en cour de cassation, se réduira à une question de fait, à moins que les jugements ou arrêts attaqués n'aient basé leur décision sur l'art. 173 pour en conclure que la déchéance a été couverte par un acte de défense sur le fond.

Ainsi, le 9 janvier 1827, la cour de cassation, chambre civile, a rejeté un pourvoi dans lequel était soulevée la question de savoir si la partie qui a défendu au fond sur l'opposition à un jugement par défaut, peut encore opposer la tardiveté de cette opposition, en se fondant sur ce que *la cour royale qui, des conclusions prises devant les premiers juges, a induit une renonciation à la déchéance de l'opposition, et qui a décidé, par suite, que l'exception de chose jugée était couverte par les propres actes du demandeur, n'avait d'un côté rendu qu'une décision en point de fait, et d'un autre côté n'avait violé ni pu violer aucune loi* (J. A., t. 33, p. 56).

Le 1er juillet 1834 (J. A., t. 47, p. 626), la cour de cassation a maintenu sa jurisprudence en posant en principe qu'il est toujours permis à la partie qui a comparu de renoncer, dans son intérêt particulier, à la déchéance de l'opposition, en concluant et plaidant au fond, et en ne soutenant cette fin de non-recevoir qu'en appel.

Le 22 mars 1837, la même cour a reconnu les mêmes principes en matière de péremption en justice de paix (J. A., t. 52, p. 355), quoique le demandeur soutînt que, par ses conclusions en nouvelle expertise, il n'avait pas pu renoncer à la péremption qui lui était acquise, parce qu'elle était d'ordre public et acquise de plein droit (art. 15, code proc. civ.); il citait la discussion au conseil d'État.

avoir sainement jugé en décidant, le 19 avril 1826, que celui qui exécutait un jugement non exécutoire par provision avant l'expiration de la huitaine, à dater de la prononciation, n'était pas recevable à proposer la nullité d'un appel interjeté avant l'expiration de ce délai (J. A., t. 31, p. 316).

Toutefois on peut invoquer dans l'opinion contraire un arrêt de la cour de Rouen du 26 novembre 1824 (J. A., t. 32, p. 174).

3° *L'exception de la chose jugée* a un caractère spécial qui nécessite une distinction. Dans tous les cas, l'art. 173 est inapplicable ; mais, dans certaines positions, une partie peut être censée avoir renoncé au bénéfice de la chose jugée; dans d'autres, au contraire, il faut une renonciation expresse, parce qu'il résulte, en faveur de la partie qui présente cette exception, une présomption légale que de simples présomptions contraires implicites ne peuvent pas détruire.

Donnons des exemples : si la chose jugée résulte d'un jugement rendu entre les mêmes parties, sur les mêmes choses (art. 1351, code civil), ce moyen péremptoire pourra être opposé au dernier acte de la procédure comme au premier, jamais il ne pourra l'être en cassation (1); il est inexact de prétendre que le respect de la chose jugée dans une espèce particulière tient à l'ordre public, les juges ne pourront donc pas la suppléer d'office, parce qu'il peut être permis à une partie de renoncer au bénéfice d'un jugement qu'elle reconnaît, ou nul en la forme, ou entaché d'illégalité quant au fond.

Dans le cas, au contraire, où la chose jugée n'existerait qu'à cause de l'expiration d'un délai d'opposition ou d'appel, celui au bénéfice de qui elle serait acquise peut y renoncer; c'est une prescription ouverte en sa faveur; et s'applique l'art. 2224, et comme il s'agit uniquement de la question de savoir si la renonciation au bénéfice du délai est ou n'est pas acquise, les juges auront alors un pouvoir appréciateur, dont ils ne doivent pas abuser; ils peuvent trouver, dans des défenses sur le fond, reproduisant fidèlement la date de la signification du jugement, la preuve que l'intimé a renoncé à la déchéance de l'appel. Cependant ils doivent avoir constamment en vue ce principe, que nul n'est censé légèrement renoncer à un droit ouvert en sa faveur; autrement, si l'article 173 n'était pas appliqué dans son texte, ce serait son esprit dont on ferait l'application (2).

(1) Telle est la jurisprudence constante de la cour de cassation. (*V.* deux arrêts, l'un du 10 juillet 1827, J. A., t. 34, p. 57, l'autre du 19 juillet 1837, J. A., t. 53, page 620.)

(2) En matière correctionnelle, le 27 septembre 1828, la cour de cassation a pensé

Cette distinction, qui nous paraît fort simple, n'est pas admise sans de vives controverses.

Voici comment M. Carré s'est exprimé, t. 2, nº 1595 :

« La cour de Turin s'est prononcée pour l'affirmative, dans un arrêt du 6 juillet 1808 (*V.* Denevers, 1809, *supp.*, p 38). Elle donne pour motifs que la déchéance n'est substantiellement qu'une exception d'incompétence absolue des juges d'appel, non comprise et même spécialement réservée par l'art. 173, code proc. civ.; que cette exception est conséquemment proposable en tout état de cause, comme fondée sur des principes d'ordre public d'après lesquels il n'appartient aucunement aux parties de proroger, par leur fait, la juridiction au delà des termes fixés par la loi.

« Nous remarquerons que cet arrêt est absolument conforme à la doctrine professée par M. Merlin, dans ses *Questions de droit*, au mot *Appel*, § 9. Du moins, ce savant jurisconsulte maintenait (*V.* p. 115 jusqu'à la fin, nouvelle édition de son *Recueil*) que les juges devaient suppléer d'office l'exception péremptoire résultant de ce que le jugement appelé avait acquis l'autorité de la chose jugée, par suite de l'expiration du délai d'appel. Or, à plus forte raison, une semblable exception pourrait-elle être proposée en tout état de cause.

« M. Merlin nous apprend, à la vérité, p 121, que ses conclusions ne furent pas suivies; mais il suffit de lire l'arrêt qu'il rapporte immédiatement, sous la date du 21 thermidor an ix, pour se convaincre que la cour se détermina particulièrement par la considération de fait qu'il ne paraissait pas clairement prouvé qu'il y eût lieu dans l'espèce à la fin de non-recevoir dont il s'agit. Au reste, un arrêt postérieur du 3 brumaire an x, a confirmé les principes sur lesquels M. Merlin avait basé ses conclusions lors du premier arrêt, et il est à remarquer qu'on y trouve les motifs énoncés dans l'arrêt de la cour de Turin, ci-dessus rapporté

« Ainsi nous ne faisons pas de doute sur l'affirmative de la question que nous avions à résoudre. On sent bien que nous ne saurions mieux faire que de renvoyer, pour le développement

avec raison que la nullité d'un acte d'appel, résultant de ce que dans les dix jours il n'aurait pas été consigné au greffe, peut être proposée pour la première fois dans la seconde cour où l'affaire est renvoyée par suite de cassation (J A, t 36, p 41)

des raisons de décider ainsi, au réquisitoire de M. Merlin sur l'arrêt du 21 thermidor (*Cass.*, 3 brumaire an x, S., t. 7, p. 785). »

M. Carré s'est étayé de l'autorité de M. Merlin, qui lui manque aujourd'hui; car dans son t. 16 (*Additions*), p. 86. ce savant magistrat déclare qu'à l'époque où il a écrit son réquisitoire, l'art. 2224, code civ., n'existait pas.

Conçoit-on, en effet, qu'il ne soit pas permis aux juges de suppléer le moyen de prescription du fond du droit, et qu'ils puissent suppléer une déchéance résultant de l'expiration d'un délai?

M. Merlin s'était appuyé sur ce qu'en matière de péremption, elle avait lieu de plein droit, et, qu'en ce cas aussi, le juge pouvait la suppléer.

Comme l'a fort bien fait observer M. Favard de Langlade, t. 1, p. 175, sect. 1re, § 2, no 16, qui combat l'opinion de M. Merlin par des raisonnements sans réplique, l'art. 399 est venu, comme l'art. 2223, répondre à cette considération basée sur ce qu'on voulait arriver, par tous les moyens possibles, à tarir la source des procès. C'est cependant ce motif qui a déterminé M. Dalloz aîné, dans sa *Collection alphabétique*, t. 1, p. 513, à accorder aux juges le pouvoir exorbitant que nous leur déniions, même dans le cas où la chose jugée résulte d'une décision déjà rendue en cour souveraine et devenue inattaquable.

Comment le juge peut-il d'office déclarer que les délais sont expirés, lorsqu'il ignore si la signification de la sentence attaquée est valable ou nulle? Cette signification, fût-elle, en apparence, revêtue de toutes les formes légales, pourrait être frappée d'inscription de faux dans le cas où l'intimé chercherait à s'en prévaloir pour faire prononcer la déchéance.

C'est donc *ultrà petita* que les juges prononcent en ce cas, contrairement aux textes les plus formels de nos lois civiles et de procédure.

MM Poncet, t. 1. p. 459, no 281, et p. 513, no 314; Pigeau, *Commentaire*, t. 2, p. 10, note 1, no 5, et Boitard, t. 3, p. 54 et suiv., embrassent la première opinion de M. Merlin et celle de M. Dalloz.

M. Boitard termine en disant qu'il n'est pas douteux que d'office la chambre des requêtes ne rejette un pourvoi forma

après les délais; c'est une erreur grave; la connaissance de la législation relative à la cour suprême suffit pour s'en convaincre. On ne doit pas supposer que le demandeur qui ne se trouvera plus dans les délais, aura la bonhomie de produire la copie qui lui a été signifiée à personne. En vain la cour aurait-elle, par une voie indirecte, la preuve que les délais étaient expirés, elle n'en admettrait pas moins le pourvoi s'il y avait lieu, parce qu'elle ne connaît l'affaire que par les pièces produites par le demandeur. Si l'on suppose que le demandeur a produit la copie à lui signifiée sans en critiquer la régularité, la cour alors prononcera un rejet, non pas par le motif tiré de l'ordre public, mais parce qu'en l'absence du défendeur la cour supplée tous les moyens qu'il proposerait lui-même et qui ressortent des pièces produites. M. Boitard cite un autre cas, celui où l'appel porterait sur une matière au-dessous de 1,000 fr.; cet exemple ne nous paraît pas encore heureusement choisi, car il est reçu en doctrine que les juges peuvent d'office se déclarer incompétents, même dans le cas d'une incompétence personnelle provenant soit du domicile, soit de la qualité des parties, parce qu'on ne peut pas forcer un juge à juger autre chose que ce qui lui est attribué par la loi, et de plus il s'agirait alors d'une incompétence matérielle que le juge est tenu d'office de reconnaître.

M. Taoniné Desmazures, au contraire, t. 1, p. 679, répond en quelques lignes, que nous croyons devoir transcrire ici :

« On a porté la rigueur, sur ce point, jusqu'à prétendre que les juges pouvaient et devaient d'office prononcer cette déchéance, lors même qu'elle ne serait pas opposée. On cite l'opinion de l'auteur du *Répertoire de jurisprudence* et l'autorité d'un arrêt de cassation, rendu sous l'empire de la loi du 16 août 1790; mais nous ne pouvons admettre cette doctrine; c'est dans l'intérêt de celui qui a gagné son procès, c'est afin qu'il obtienne promptement sa tranquillité, que cette déchéance est prononcée; c'est une fin de non-recevoir qu'il peut opposer comme la prescription; qu'il est le droit de le faire en tout état de cause, à la bonne heure; mais les juges ne doivent ni ne peuvent, à notre opinion, suppléer d'office une telle exception, qui, évidemment, n'est pas d'ordre public. »

Quant à la jurisprudence, on a déjà vu, par deux arrêts de 1827 et de 1834, relatifs à une opposition, qu'elle devait tendre à ne pas donner à l'exception de la chose jugée le caractère d'une exception d'ordre public. Voici des décisions plus spéciales.

C'est à tort que M. Carré a posé en fait que l'arrêt du 3 brumaire an x a jugé la question dans le sens des conclusions de M. Merlin; on peut consulter cet arrêt et celui du 21 thermidor an ix, dans le J. A., t. 3, p. 58, et, comme l'a fait observer M. Favard de Langlade, on verra que ces deux arrêts apprécient plutôt le fait que le droit.

Un arrêt assez récent de la cour de cassation, du 30 novembre 1830 (J. A., t. 40, p. 308), a consacré notre opinion par des motifs qui accordent expressément au juge le pouvoir d'examiner les faits desquels devra résulter la fin de non-recevoir contre l'exception de tardiveté. « Attendu, a dit la cour, que la fin de non-recevoir résultant de ce que l'appel a été interjeté tardivement, repose sur une prescription acquise, à laquelle la partie qui avait le droit de s'en prévaloir a la faculté de renoncer; — Attendu que la commune de Saint-Albin avait renoncé à cette fin de non-recevoir en défendant au fond, sans exciper de la déchéance de l'appel, ni faire de réserve à cet égard, et en acquiesçant à l'arrêt interlocutoire du 10 juin 1824 qui avait admis cet appel. »

Toutefois la cour de Turin, le 7 juillet 1808; la cour de Bourges, le 26 juillet 1810; la cour de Nîmes, le 12 décembre 1820, et la cour de Poitiers, le 12 août 1823 (J. A., t. 3, p. 61, 62 et 178, et t. 25, p. 303), ont rendu des arrêts en sens contraire et décidé que l'exception de chose jugée était d'ordre public. On peut aussi consulter un arrêt de la cour de Rennes, du 7 février 1815 (J. A., t. 12, p. 498).

La cour de Bruxelles s'est prononcée dans le même sens, le 15 juillet 1821 (*Journal des arrêts* de cette cour, t. 2 de 1824, p. 404), dans une espèce où il s'agissait de la chose jugée résultant d'un jugement précédemment rendu, et non de l'expiration d'un délai.

Dans cette dernière hypothèse, deux arrêts ont décidé que l'exception de chose jugée pouvait être proposée en tout état de cause : arrêts de Besançon, du 15 juin 1807, et de Bordeaux, du 15 janvier 1834 (J. A., t. 12, p. 448, et t. 50, p. 376).

La cour de Grenoble nous paraît avoir été bien loin en décidant, le 11 février 1813, que l'exception résultant de ce que l'appel d'un jugement a été interjeté dans la huitaine de la date, peut être proposée en tout état de cause parce qu'elle est d'ordre public. (J. A., t. 12, p. 490.)

Nous en dirons autant d'un arrêt de la cour de Bruxelles, du 14 avril 1829 (J. A., t. 37, p. 157), qui permet aux juges de suppléer d'office l'exception résultant de ce que la voie d'opposition aurait été ouverte au moment de l'appel.

Aussi pensons-nous qu'il a été bien jugé par la cour de Rennes, le 6 janvier 1836 (J. A., t. 52, p. 186), quand elle a décidé que le défaillant ne peut opposer pour la première fois en appel, lorsqu'il est censé y avoir renoncé, la péremption d'un jugement par défaut.

4° Il ne faut pas confondre, comme nous l'avons déjà dit en examinant l'opinion de M. Boitard, l'*exception résultant de l'expiration des délais avec l'exception basée sur le dernier ressort;* dans ce dernier cas il y a incompetence matérielle d'ordre public, par conséquent proposable en tout état de cause et pouvant être suppléée par le juge.

C'est ce qui a été jugé par les cours de cassation, le 17 nivôse an XIII et 23 mars 1808 (J. A., t. 12, p. 454, et t. 19, p. 99); de Riom, le 25 août 1812; d'Orléans, le 25 mars 1819; de Rennes, le 3 août 1819; de Grenoble, le 23 juin 1820, de Toulouse, le 24 novembre 1823; de Bordeaux, le 30 janvier 1827; de Corse, le 2 avril 1827; de Bourges, le 2 janvier 1830 (J. A., t. 12, p. 513, t. 19, p. 168; t. 25, p. 365; t. 32, p. 197; t. 34, p. 102, et t. 40, p. 31).

5° M. Carré, t. 1er, n° 751, pense que *l'exception résultant de l'acquiescement peut être proposée en tout état de cause*, et il va même jusqu'à soutenir que le juge peut et doit la suppléer. Nous n'adoptons point cette extension du pouvoir accordé au juge; mais l'exception nous paraît tellement péremptoire, qu'elle doit être à nos yeux comparée à la chose jugée fondée sur un jugement antérieur à une nouvelle instance (*V.* ci-dessus nos 3 et 4).

A l'arrêt cité par M. Carré, il faut ajouter deux arrêts, l'un de la cour de Paris, du 21 octobre 1813, l'autre de la cour de Nîmes, du 21 août 1823, rendus dans le même sens (J. A., t. 1, p. 183, et t. 24, p. 281), et un arrêt conforme de la

cour de Bruxelles, du 30 juin 1818 (*Journ. des arrêts* de cette cour, 1818, t. 2. p. 62).

6° Dans la classe des fins de non-recevoir péremptoires, proposables en tout état de cause, tenant plutôt au droit civil qu'à la procédure, et auxquelles la partie qui les invoque ne doit être censée avoir renoncé que sur des manifestations formelles, mais non sur des actes de procédure, on range les exceptions résultant 1° de l'expiration des délais de surenchère (*arrêt* de Riom, du 26 mai 1818; J. A., t. 12, p. 509, et M. Carré, t. 1er, n° 751, à la note), 2° de l'expiration du délai accordé pour une action en désaveu d'enfant légitime (*arrêt* d'Agen, du 28 mai 1821; J. A., t. 23, p. 196); 3° de l'expiration du délai accordé pour la notification d'un protêt (*arr. cass.*, du 29 juin 1819, J. A., t. 15, p. 459), 4° de l'expiration du délai pour la demande en rescision d'une vente (*arr. cass.*, 13 octobre 1807; J. A., t. 12, p. 452).

Dans cette dernière espèce, la cour de cassation a pensé que la réunion des *circonstances énoncées dans l'arrêt attaqué avait pu autoriser la cour royale à décider que le demandeur avait été présumé avoir renoncé à la fin de non-recevoir.* — Il y avait un jugement ordonnant une expertise et nomination d'un expert par le demandeur.

Sur la question de protêt, la cour de Bordeaux a décidé, le 14 mars 1828 (S., t. 28, 2e part., p. 170), qu'en appel cette exception ne pouvait être proposée, *lorsqu'en première instance on s'était borné à demander délai pour le payement.*

§ 5. *S'il s'agit d'un défaut de qualité, l'exception pourra-t-elle être proposée en tout état de cause?*

Nul doute ne peut s'élever sur l'affirmative qui a été consacrée unanimement par la jurisprudence (1), nous n'indiquerons ici que les arrêts de la cour de cassation, des 21 vendémiaire an XI, 24 vendémiaire an XII, 31 août 1831, et 11 juin 1833 (J. A., t. 12, p. 433 et 435; t. 41, p. 649, et t. 46, p. 345).

Quant aux arrêts nombreux émanés des cours royales, on peut consulter notre *Dictionnaire général de procédure*, v° *Exception*, nos 81, 88, 89, 90, 93, 94, 95, et J. A., t. 50,

(1) Un seul arrêt du 15 mars 1808, de la cour de cassation, basé sur des faits spéciaux, paraît s'écarter de la doctrine généralement admise (J. A., t. 12, p. 453).

p. 379, et t. 51, p. 478. Telle est aussi l'opinion de tous les auteurs.

Cependant il ne faut pas décider que l'exception résultant du défaut de qualité ne peut pas être couverte; elle peut l'être par une reconnaissance directe ou explicite de la part de la partie assignée. Cette fin de non-recevoir étant complètement subordonnée aux circonstances, nous ne pouvons pas proposer de règle fixe. Nous nous contenterons d'indiquer trois arrêts, l'un de la cour de Toulouse, du 26 mars 1824, les deux autres de la cour de Bordeaux, des 29 mars 1828 et 25 août 1832 (J. A., t. 26, p. 177, et t. 44, p. 242, et *Journal des arrêts* de la cour de Bordeaux, t. 8, p. 184).

§ 6. *Que décidera-t-on, lorsqu'il s'agira des nullités qui s'attaquent au mode d'introduire l'action?*

On sera forcé d'adopter alors une distinction dont le principe se trouve dans la nature des choses, et dans l'art. 170 du Code; aucune défense au fond ne peut couvrir une incompétence matérielle, dit cet article; le motif est que les juridictions tiennent à l'ordre public. Toutes les fois qu'une exception tendant à faire annuler un acte de procédure se rattachera à des motifs d'ordre public, elle pourra être proposée en tout état de cause, malgré les termes restrictifs de l'art. 173.

Si l'on pense, comme nous et comme M. Carré, que l'essai de conciliation est d'ordre public, l'exception de nullité du premier acte de la procédure résultant de ce qu'il ne donne pas copie du procès-verbal de conciliation sera proposable en tout état de cause, même en appel.

C'est ainsi qu'il a été décidé que le défaut d'autorisation de communes était d'ordre public.

Nous pensons néanmoins, avec la cour de cassation, que l'on ne peut, après avoir conclu au fond, exciper de ce qu'une instance au pétitoire a été intentée avant la fin de celle pendante au possessoire (*arrêt* du 15 avril 1833), et, avec la cour de Bourges, que des conclusions au fond couvrent également la fin de non-recevoir tirée de ce que le demandeur au pétitoire n'a pas exécuté le jugement rendu contre lui au possessoire (J. A., t. 38, p. 26).

Une loi du 28 octobre 1790, art. 15, tit. 3, exige qu'un mémoire soit soumis au préfet, avant toute introduction d'une instance contre le domaine. Les cours, qui ont pensé que

cette formalité était d'ordre public, ont permis au domaine de demander la nullité de l'exploit introductif en tout état de cause (arrêts de Nîmes, du 16 décembre 1830; de Bourges, 16 août 1831, et de Poitiers, 27 juillet 1832; J. A., t. 40, p. 136, t. 42, p. 167, et t. 43, p. 505).

Mais, sur notre plaidoirie, le 4 août 1835 (J. A., t. 49, p. 715), la cour de cassation, se déclarant pour le principe contraire, a jugé que la nullité avait été couverte par les défenses sur le fond.

Le 24 août 1831, la cour de Bordeaux a décidé avec raison, selon nous, que l'exception tirée de ce que le demandeur agit frustratoirement pour se procurer un nouveau titre, quand il en avait déjà un valable, ne pouvait pas être proposée pour la première fois en appel, parce qu'elle n'attaquait que le mode d'exercice du droit, et non le droit lui-même (J. A., t. 42, p. 101).

§ 7. Une difficulté ou du moins une question qui a paru fort grave à nos maîtres, et qui a fait tomber les deux plus célèbres dans une contradiction évidente, doit être l'objet d'un examen sérieux, la voici : « *Lorsqu'une nullité d'un acte de procédure repose sur un vice qui doit faire supposer que l'assigné n'a pas reçu sa copie, sa présence* (l'exploit en main) *couvre-t-elle cette nullité?* »

Qu'on lise les *Lois de la procédure* de M. Carré, t. 1er, nos 644 et 744, et qu'on nous dise s'il n'émet pas deux propositions contradictoires. Ce qui le prouve encore, c'est qu'au titre des jugements par défaut, M. Boncenne, t. 3, p. 52, combat la solution de M. Carré, et qu'au même tome, p. 295 et suiv., M. Boncenne, qui change d'opinion, s'élève contre la doctrine de la question 744 du même auteur.

Quelle bizarrerie, et combien donne à réfléchir cette contrariété en sens inverse des opinions de deux hommes aussi haut placés dans la science!...

Au titre des jugements par défaut, M. Boncenne, après avoir fait apercevoir que, vouloir prononcer la nullité de la signification d'un jugement par défaut, faite par un huissier non commis lorsque la partie tient à la main le jugement signifié, *c'est comme si l'on demandait une caution après le payement de la dette; que toute sûreté est acquise, et que la nullité ne serait plus qu'une rigueur sans objet, un effet sans*

cause, cite l'arrêt de 1813 et ajoute : *Cependant la rigueur du droit a fait pencher M. Carré vers l'opinion contraire : c'est être trop rigide.* Laissons maintenant M. Boncenne lui-même développer avec sa prodigieuse facilité la thèse contraire, car il nous serait impossible de mieux exprimer cette opinion, qui est la nôtre :

« Mais on va dire : constituer un avoué, poursuivre l'audience, réclamer une remise, etc., c'est fort ostensiblement faire acte de comparution. Or, l'ajournement a été donné pour que l'ajourné vînt se défendre. Le voici venir; il a donc exactement reçu le cartel judiciaire; il a donc reconnu la voix qui l'appelait; il s'est donc appliqué lui-même les énonciations servant à désigner celui qui était appelé, il n'a donc point été induit en erreur ni en doute sur le lieu, sur le jour où il devait se présenter. N'est-ce pas tout ce que voulait la loi? et n'est-il pas déraisonnable qu'une personne assignée puisse se présenter devant les juges, l'exploit à la main, pour conclure à ce qu'il soit déclaré nul?

» Il est vrai que la doctrine de nos vieux maîtres ne le tolérait point. Consultez Imbert, Mazuer et Fontanon, ils vous répondront que « l'effet de l'ajournement est la *comparution* » de la partie ajournée ; que l'ajournement étant nul pour » quelque défectuosité, si la partie est *comparue* en vertu » d'iceluı, il est parvenu à l'effet et cause finale qui lui est » propre; conséquemment, la nullité est couverte et l'acte » valable, *non ratione citationis, sed ratione præsentiæ.* » C'était une pratique générale, Voet l'enseignait à Leyde, Mynsinger à Fribourg, André Gaill et Sébastien Vant à Cologne.

» Toutefois, l'ordonnance de 1667 a voulu que les nullités d'exploit fussent cotées dès l'entrée de la cause comme un préalable, et qu'autrement elles demeurassent couvertes par *les défenses* et réglements de la contestation.

» L'art. 173 C. P. C. y est conforme : et comment serait-il possible de *préalablement coter* ou *proposer* une nullité, si l'on n'a pas commencé par comparaître? C'est l'observation que tout le monde s'accorde à faire aujourd'hui.

» Avant d'examiner ce point, il faut distinguer et ne pas rattacher à la question générale toutes les espèces de défectuosités qui peuvent vicier un ajournement.

» Sans peine on comprendra qu'il n'y a rien de contraire à l'ordre naturel des idées, quand je viens à l'audience demander la nullité d'un ajournement qui ne contient ni l'objet de la demande, ni l'exposé sommaire des moyens : car ce n'est pas là seulement le mépris d'une forme servant à constater le fait de l'assignation, c'est la suppression du droit de défense et de ses garanties les plus sacrées ; c'est m'appeler au tribunal et requérir que j'y sois condamné, sans que je sache à quoi, pourquoi et sur quoi. L'ajournement est bien parvenu à sa cause finale, quant à ma comparution, mais non en ce qui touche la préparation et la sûreté de ma défense. Lorsque j'apporte une plainte contre une tentative de guet-apens, il serait trop absurde de supposer que je l'approuve.

» Relativement aux autres nullités que peut faire éclore le défaut d'énonciation suffisante des noms, du domicile, du *parlant à*, etc., il faut tâcher d'expliquer cette disposition, contre laquelle les arguments se heurtent et se brisent, qui permet à l'ajourné de venir dire à la barre qu'il a fort exactement reçu l'ajournement, mais que ce doit être comme s'il ne l'avait pas reçu, parce que toutes les règles prescrites pour lui en assurer la remise n'ont pas été strictement observées.

» Dans les commentaires, dans les arrêts, je n'ai point trouvé de réponse à tous les griefs que peut étaler là-dessus la logique de l'équité, sinon que c'est une vaine lutte contre la lettre de la loi.

» J'avoue que cette lettre de la loi m'a tenu longtemps en échec, tandis que, fidèle à mon plan, je voulais percer l'épaisse enveloppe qui doit recouvrir ses motifs.

» Voici ce qui m'est apparu :

» Si le législateur n'eût neutralisé l'entraînement de cette conséquence qui fait couvrir, par la comparution, les nullités relatives à la remise de l'assignation et aux doutes que produisent des indications imparfaites, le défendeur mal assigné ne serait bien gardé de comparaître et n'aurait jamais manqué de se laisser condamner par défaut. Puis il aurait toujours attendu que le jugement eût été expédié, signifié et exécuté, car on a jusqu'à l'exécution pour se montrer et s'opposer ; alors seulement il aurait formé son opposition fondée sur la nullité de l'assignation, disant qu'il ne l'avait point reçue ; et toutes ces procédures de défaut, d'expédition, de significa-

tion, d'exécution et de second jugement qui rétracte le premier, seraient tombées à la charge du demandeur, avec une perte de frais et de temps dix fois plus lourde qu'il n'échoit depuis que l'on raisonne avec moins de rigidité, et que l'on admet le défendeur à venir de prime saut dire : L'assignation est nulle.

» Ce système, tel que je l'entrevois, est moins positif que celui des temps qui précédèrent l'ordonnance ; toutefois il est conçu d'une manière plus humaine et plus secourable. Cela ressemble peut-être à un paradoxe ; mais loin qu'on doive trop logiquement chicaner un plaideur qui présente son ajournement pour le faire déclarer nul, je crois qu'il faut lui aplanir cette voie plus franche et l'enhardir à attaquer de front, afin qu'il ne s'avise point de tourner *la fin de non-recevoir*, et de s'embusquer dans les détours ruineux de la vieille route. »

M. BOITARD adopte cette dernière opinion de M. Boncenne, et il pense, t. 2, p. 48, qu'*en présence de l'art. 61, qui attache expressément la nullité à l'omission de chacune des formalités qu'il impose, la constitution d'avoué, la comparution du défendeur, l'aveu que l'ajournement lui a été exactement remis, ne peuvent et ne doivent pas couvrir les nullités résultant du défaut d'indication.*

Telle est aussi la doctrine de M. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 393, n° 3.

Pour la signification d'un jugement par défaut, M. Boncenne avait invoqué l'arrêt du 7 décembre 1813 de la cour de cassation ; cet arrêt est applicable à tous les exploits dans les termes de la question que nous avons posée (J. A., t. 21, p. 270).

La doctrine de la cour de cassation a été adoptée, le 25 janvier 1822, par la cour de Toulouse (J. A., t. 21, p. 292), et, le 19 juillet 1831, par la cour d'Angers (S., t. 32, 2e part., p. 298) (1).

Cependant on peut opposer deux arrêts, l'un de la cour de cassation, du 22 brumaire an XIII, l'autre de la cour de

(1) Le 21 mai 1828 (J. A., t. 35, p. 250), la cour de cassation a assimilé les citations en bureau de paix aux assignations en matière correctionnelle dont les nullités sont couvertes par la comparution, du moins dans l'opinion de la cour, ainsi qu'elle l'a jugé fort souvent.

Rouen, du 11 décembre 1817 (J. A., t. 12, p. 439), qui ont jugé la question en thèse générale pour un exploit introductif d'instance. En rapportant l'arrêt de l'an XIII, M. Coffinières s'est exprimé en ces termes :

« La maxime de droit *quod produco non reprobo* paraît, » au premier coup d'œil, s'opposer à cette solution, mais » cette maxime ne peut s'appliquer aux exploits d'huis- » sier. Tous les jours une partie irrégulièrement assignée » comparaît au délai indiqué, en vertu de l'exploit même » dont elle démontre la nullité. Au lieu de statuer sur cette » demande, il serait absurde de soutenir le défendeur non » recevable à proposer ses moyens de nullité, par le motif » qu'il obtempère à la signification en produisant l'acte par lui » pratiqué; car il lui est impossible de se présenter devant les » juges, sans déférer à l'acte qui l'y appelle, quelque irré- » gulier qu'il puisse être. »

§ 8. Une question secondaire se rattache nécessairement à celle que nous venons d'examiner, la voici : *La constitution d'avoué couvre-t-elle les exceptions de nullité?*

Pour ceux qui pensent qu'il y a fin de non-recevoir de la part de celui qui reconnaît, en se présentant, la remise de l'exploit, l'affirmative est certaine.

La négative doit être également incontestable dans l'opinion contraire; car la constitution d'avoué est la présentation légale de la partie.

Aussi elle est enseignée par tous les auteurs. On peut consulter MM. Favard de Langlade, t. 2, p. 462; Boncenne, t. 3, p. 217 et 297; Thomine Desmazures, t. 1, p. 327; Merlin, *Questions de droit*, v° *Appel*, § 10, art. 1er, n° 2, et Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 393.

Un arrêt de la cour de cassation, du 17 novembre 1823 (J. A., t. 25, p. 33), a posé le principe régulateur en prononçant une cassation fondée sur ce qu'*il ne suffit pas, pour qu'un individu soit valablement cité, qu'il ait eu ou pu avoir une connaissance morale de la citation; qu'il est nécessaire qu'il en ait eu une connaissance légale, laquelle ne peut avoir lieu que par exploit en forme régulière.* Telle était aussi la jurisprudence de la cour de cassation, sous l'empire de l'ordonnance de 1667 (*V.* un arrêt du 9 janvier 1809, J. A., t. 12, p. 462). Cette opinion a été adoptée par arrêt de la cour

de Bruxelles, du 4 avril 1807 (J. A., t. 13, p. 40), et de la cour de Paris, du 31 mars 1813 (J. A., t. 12, p. 491).

Cependant on oppose un arrêt isolé du 22 décembre 1812 de la cour de Limoges (J. A., t. 1, p. 174), et quelques autres décisions rendues dans des espèces particulières.

Le 17 février 1807, la cour de Rennes; le 19 février 1812, la cour de Liége; le 2 janvier 1818, la cour de Colmar; la cour de Metz, le 9 janvier 1821 (J. A., t. 12, p. 484 et 508; t. 13, p. 130, et t. 7, p. 161), ont décidé que, soit une constitution de nouvel avoué, soit un avenir pour plaider, soit une demande de remise de cause, élevaient des fins de non-recevoir contre la présentation ultérieure du moyen de nullité. Le contraire a été décidé par deux arrêts de la cour de Bruxelles, du 4 décembre 1807, et de la cour de Liége, du 23 novembre 1814 (J. A., t. 12, p. 453, et t. 13, p. 228), et enfin par deux arrêts de la cour de cassation, l'un du 28 octobre 1811 (J. A., t. 3, p. 158, 7e *espèce*), et l'autre du 6 novembre 1811 (J. A., t. 12, p. 481).

§ 9. Mais on s'est demandé *si la nullité d'un acte d'appel résultant d'un défaut de constitution valable d'avoué était couverte par la signification d'une constitution faite par l'avoué de l'intimé au véritable avoué de l'appelant?*

Cette question n'est qu'un corollaire de la question principale : les principes sont les mêmes, la solution doit être la même : la négative nous paraît certaine, contrairement à l'opinion, déjà citée, de M. CARRÉ, *Lois de la procéd.*, t. 1, no 744.

Toutefois la jurisprudence n'est pas fixée, et elle offre des monuments contradictoires.

Pour la fin de non-recevoir, on cite les arrêts de la cour de Bourges, du 25 août 1818; de la cour de Rennes, du 26 avril 1810; de la cour de cassation, du 24 février 1813; de la cour de Douai, du 15 avril 1818, de la la cour de Paris, du 9 mai 1826; de la cour de Limoges, du 7 février 1828; de la cour de Nîmes, du 17 novembre 1828 (J. A., t. 12, p. 474, et t. 34, p. 103; Journ. de la cour de Limoges, 1828, p. 78; et DALLOZ, 1829, 2e part., p. 188).

On oppose à ces décisions les arrêts de la cour de Pau, du 22 juillet 1809; de la cour de cassation, du 4 septembre 1809 (1); de la cour de Limoges, du 14 avril 1813; et de

(1) On peut consulter, aux Questions de droit, vo *Appel*, § 10, art. 1er, no 3, le réquisitoire de M. Merlin, sur lequel cet arrêt a été rendu.

la cour de Rennes, du 21 juin 1814 (J. A., t. 3, p. 232, et t. 12, p. 497).

§ 10. Nous ne nous étendrons pas sur la question de savoir *si un jugement de jonction de défaut couvre les nullités?*

Nous tenons pour la négative : aux arrêts que nous avons cités (J. A., t. 12, v° *Exception*, n° 37), il faut ajouter une décision de la cour de Bourges, du 30 août 1828 (J. A., t. 35, p. 350).

§ 11. *Et si le défendeur a besoin d'examiner l'original même de la citation ou de l'acte qu'il veut arguer de nullité, ne peut-il pas en demander la communication?*

L'affirmative est hors de doute, puisque de cette communication seule peut dépendre la demande elle-même en nullité (1).

« Tous les préliminaires, dit M. Boncenne, t. 3, p. 296,
» qui ne sont point en désaccord absolu avec l'intention de
» proposer une nullité, ne peuvent pas faire supposer qu'on
» y ait renoncé. »

Ainsi celui qui voudrait demander la nullité d'un exploit fondée sur ce que la délibération du conseil de famille, ou l'acte administratif qui l'ont autorisé ne sont pas réguliers, ne couvrirait pas cette nullité en demandant communication des pièces qui pourraient l'éclairer sur ces points préliminaires.

Il est essentiel de remarquer que la demande pure et simple de communication de pièces s'applique au fond et ne permet plus de proposer une nullité d'exploit ou d'acte de procédure.

Cette doctrine est celle de tous les auteurs (*V.* MM. Boncenne, t. 3, p. 295; Thomine Desmazures, t. 1er, p. 319 et 327, et Favard de Langlade, t. 2, p. 458 et 461).

Le 26 juillet 1808, la cour de cassation a jugé avec raison que la demande en communication des pièces qui ne tiennent pas au fond n'élevait pas une fin de non-recevoir contre la nullité de l'exploit (J. A., t. 12, p. 455).

Mais, par arrêts des cours de Paris, 27 août 1807; de Turin, 16 janvier 1809; de Rouen, 9 décembre 1809;

(1) C'est ce qui a été jugé, le 4 avril 1810, par la cour d'Agen. (J. A., t. 20, p. 177.) Telle est aussi l'opinion de M. Carré, t. 1, n° 718.

de cassation, 30 janvier 1810; de Rennes, 6 août 1813, 17 juin 1817 et 16 janvier 1818; de Besançon, 1er décembre 1818, d'Orléans, 15 novembre 1820, de Bourges, 30 mars 1829 et 25 février 1834 (J. A., t. 12, p. 462; t. 13, p. 256; t. 37, p. 191, et t. 46, p. 357), il a été jugé que la simple demande en communication de pièces était un obstacle à toute proposition en nullité d'exploit; peu importe, a dit la cour de Rennes, le 23 septembre 1815 (J. A., t. 12, p. 503), que la demande en communication n'ait produit aucun effet.

Cependant on peut ne pas critiquer deux arrêts qui ont consacré deux exceptions; le premier, de la cour de Pau, a décidé, le 26 juillet 1809, que l'intimé qui avait proposé un moyen de nullité dans une requête, ne couvrait pas ce moyen en demandant le dépôt au greffe d'une pièce du procès sans conclure au fond (J. A., t. 12, p. 469); le second, de la cour d'Amiens, du 30 novembre 1821 (J. A., t. 23, p. 360), a jugé que les moyens de nullité ne sont pas couverts par une communication de pièces faite par l'intimé à l'appelant sur sa demande et sous la réserve des moyens de nullité.

Un arrêt de la cour de Bordeaux, du 25 juin 1831 (*Journ. des arrêts* de cette cour, t. 6, p. 331), est le seul qui contrarie la jurisprudence universellement admise.

§ 12. Certains praticiens ont pensé qu'*à l'aide des réserves expresses, générales ou spéciales, on pouvait éluder le vœu formel de l'art.* 173; mais, comme l'a dit M. Thomine Desmazures, il n'est pas permis de protester contre la loi, il faut l'exécuter. Les réserves sont de vieux style, c'est souvent un non-sens, elles ne servent à rien dans la plupart des cas; on ne les conçoit que pour le cas où, la loi vous accordant deux modes d'action sur la même ligne, ne pouvant pas les suivre tous les deux à la fois, vous prenez l'un en vous réservant l'autre.

On peut continuer à insérer des réserves dans les actes de procédure, car *quod abundat non viciat*, mais on ne doit pas penser que ces réserves soient de nature à faire revivre un droit éteint par suite de l'acte lui-même qui contient ces réserves (1).

(1) Il faut excepter cependant le cas *d'enquête* ou tous autres semblables pour lesquels les réserves forment une protestation contre une procédure à laquelle on est forcé de prendre part.

MM. Favard de Langlade, t. 2, p. 461; Thomine Desmazures, t. 1, p. 327, et Boncenne, t. 3, p. 503, professent la même opinion. Voici comment s'exprime M. Boncenne : « Il est des » praticiens qui ne rédigent ni conclusions ni requêtes sans » y ajouter des protestations contre ce qu'ils n'entendent pas » faire, lesquelles se terminent notamment par des réserves » de faire valoir tous moyens de nullité ainsi qu'ils aviseront. »

« Ces précautions ou *cautèles*, comme on disait autrefois, n'ont pas la moindre vertu : si vous commencez par discuter le fond de la cause, vous couvrirez la nullité de l'ajournement, en dépit des plus énergiques réserves; il en sera de même pour les autres actes de procédure dans le cours de l'instruction : *Qui protestatur nihil agit.* Cette maxime s'applique à tous les cas où celui qui proteste avait la liberté d'agir autrement qu'il n'a fait. »

La jurisprudence s'est en général rangée à cette opinion ; nous nous contenterons d'indiquer notre *Dictionnaire général de procédure*, v° *Exceptions*, n°s 51, 62, 71, 72, 74, 76 et 77.

Cependant nous croyons pouvoir approuver trois décisions qui, au premier examen, sembleront contraires aux principes que nous venons de poser, à savoir : 1° qu'une nullité d'exploit n'est pas couverte, lorsque, sous toute réserve, sommation est faite de déposer au greffe certaines pièces de la procédure (Liége, 31 juillet 1811; J. A., t. 13, p. 174);

2° Que des réserves formelles doivent produire tout leur effet lorsqu'elles n'ont été suivies de la part de l'avoué que d'une sommation d'instruire (Angers, 27 juillet 1820 ; J. A., t. 12, p. 614); ou qu'il a fait simplement un autre acte d'instruction (Agen, 4 avril 1810; J. A., t. 20, p. 177).

Les réserves peuvent encore être considérées sous un point de vue qui, sans leur donner une utilité réelle, leur permet de rendre la procédure plus claire.

Ainsi l'intimé peut conclure à la nullité de l'appel, puis subsidiairement au fond. En concluant sur le fond pour établir plus clairement la volonté de subordonner ses conclusions sur le fond à la décision qui sera rendue sur le moyen de forme, cet intimé conclut au fond sous toutes réserves de ses moyens de nullité déjà proposés.

C'est aussi ce qui a été jugé, le 15 mars 1821, par la cour de Rennes (J. A., t. 19, p. 231).

§ 13. Si, des principes que nous venons de poser, il résulte assez clairement, selon nous du moins, quelles sont les nullités dont a voulu parler le législateur dans l'art. 173, examinons maintenant ce que signifient ces expressions : *Toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence.*

Sect. 1re. TOUTE DÉFENSE.. Les diverses hypothèses qui ne peuvent offrir aucune difficulté sérieuse ne méritaient pas de notre part un examen séparé, aussi avons-nous cru devoir les indiquer en note (1).

(1) *Jurisprudence.* — Nous pensons que :

1° Une nullité ne peut être proposée par celui du fait duquel elle provient (*Cassat.*, 4 germinal an VIII, J. A., t. 12, p. 426). M. Carré, en citant cet arrêt, s'exprime ainsi : *C'est une conséquence du principe, qui résulte d'un grand nombre de textes, qu'on ne peut jamais plaider contre son propre fait.* Nous ajouterons cependant : à moins qu'il ne s'agisse d'une incompétence matérielle ou d'une nullité d'ordre public.

2° Lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée a supposé valables des procédures nulles, on ne peut attaquer ces procédures et en faire prononcer la nullité (*Cassat.*, 29 juin 1812, J. A., t. 12, p. 498). C'est ainsi qu'un jugement qui a prononcé une contrainte par corps *contre le vœu de la loi doit néanmoins* être exécuté lorsqu'il est passé en force de chose jugée (Paris, 29 pluviôse an X, J. A., t. 6, p. 455 et 457).

3° Les communes, comme les particuliers, doivent proposer les nullités d'exploit avant toutes défenses au fond (*Cassat.*, 18 janvier 1815, J. A., t. 4, p. 741).

4° Les nullités de forme d'une contrainte se couvrent par la défense au fond du contribuable (*Cassat.*, 7 août 1807, J. A., t. 12, p. 446).

5° La nullité de la notification d'un protêt fait à l'étranger et rapporté à la Guadeloupe, de la lettre de change et de l'assignation, fondée sur le défaut de la légalisation dudit protêt, doit être proposée avant toute défense au fond (Bordeaux, 18 décembre 1827, *Journ. des arrêts* de cette cour, 1827, p. 463).

6° La partie qui ne se borne pas à demander la nullité d'une opposition pour vice de forme, mais qui conclut formellement à ce que l'opposant soit débouté au fond, couvre la nullité (Rennes, 28 avril 1814, Grenoble, 22 avril 1815, J. A., t. 12, page 496).

7° Le demandeur n'est plus recevable à demander la nullité de l'assignation qui lui a été donnée en reprise d'instance, lorsque cette nullité n'a pas été proposée avant toute défense au fond, et surtout lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée a déclaré l'instance reprise (*Cassat.*, 1er mai 1824, J. A., t. 26, p. 156).

8° L'intimé est comme le défendeur en première instance, en sorte que s'il n'a pas proposé, dans ses réponses à un écrit de griefs, la nullité de l'acte d'appel, il est non recevable à la proposer plus tard (Rennes, 2 juin 1808 et 31 juillet 1816, J. A., t. 15, p. 447). M. Carré approuve aussi cet arrêt : *En effet*, dit-il, *l'analogie entre l'intimé et le défendeur est parfaite, et l'on doit appliquer contre lui la règle générale portée à la question 740.*

9° La nullité résultant du défaut de transcription du procès-verbal de non conciliation en tête de l'exploit d'assignation, ne peut être opposée pour la première fois en appel (Paris, 23 pluviôse an X, J. A., t. 12, p. 431).

10° Après avoir procédé en première instance avec un avoué, on ne peut arguer d'irrégularité la constitution en cause d'appel, en soutenant que la partie représentée par cet avoué doit être considérée comme ayant fait défaut (Rennes, 31 août 1810; J. A., t. 15, p. 348).

11° La partie qui, en première instance, a demandé contradictoirement plusieurs

Voici quelques cas particuliers qui nous ont paru dignes d'observations détachées.

1° Le 6 août 1827 (J. A., t. 34, p. 122), la cour de Paris a décidé que des conclusions prises à l'audience sans avoir été préalablement signifiées et remises au greffier, ne lient pas l'instance, et qu'alors le déclinatoire ultérieurement proposé est censé l'avoir été *in limine litis*.

Le 12 avril 1813, la cour de Paris avait consacré le même principe, en refusant à une partie le droit de prendre au greffe une expédition de conclusions signées par son avoué, mais non signifiées (*V.* J. A., t. 8, p. 311).

Ces deux arrêts nous paraissent contraires au texte précis des décrets et des lois relatifs à la matière. 1° Si, d'un côté, de ce que les art. 71 et 72 du décret du 30 mars 1808 prescrivent aux avoués de prendre des conclusions, on faisait résulter du premier de ces articles une nécessité de signification, les art. 33 et 72 offriraient une contradiction choquante. 2° L'art. 443, code de proc. civ., permettant l'appel incident en tout état de cause, même sur la barre, comme l'ont décidé plusieurs arrêts rapportés au J. A., v° *Appel*, il est bien certain que des conclusions peuvent être prises sans avoir été

remises de cause ne peut opposer en appel les irrégularités que présente la constitution d'avoué de son adversaire devant les premiers juges (Bruxelles, 21 septembre 1831, J. A., t. 45, p. 458).

12° L'exception de nullité d'une signification de requête en péremption d'instance ne peut être proposée pour la première fois en appel (Nîmes, 10 août 1815; J. A., t. 12, p. 311). *Peu importe*, dit M. Carré, *que cette nullité de la demande soit péremptoire de l'instance, puisqu'il ne s'agit que de prononcer sur une nullité de forme*.

13° Le prévenu qui, en première instance, défend au fond ne peut pour la première fois en appel, demander la nullité de l'action dirigée contre lui, en se fondant sur ce que l'huissier n'aurait pas signé l'original de la citation à lui donnée (*Cassat.*, 20 juillet 1832).

14° Mais l'intimé est recevable à proposer la nullité de l'appel dirigé contre lui, quoique son avoué ait signifié à celui de son adversaire la décision dont est appel (Bordeaux, 6 juin 1832, J. A., t. 43, p. 364).

15° *La partie qui a comparu en référé sur une assignation donnée à trop bref délai*, et à un domicile qui n'est pas le sien, est recevable à demander la nullité d'une assignation semblable qui lui est ensuite donnée devant le tribunal (Paris, 13 messidor an XII, J. A., t. 10, p. 459).

16° Une partie peut demander la nullité d'un arrêt qui a jugé en audience solennelle une cause qui devait l'être en audience ordinaire, quoiqu'elle ait elle même provoqué l'inscription de la cause au grand rôle. Notre solution est contrariée par un arrêt du 19 décembre 1811 de la cour d'Aix (J. A., t. 12, p. 452), mais cet arrêt est antérieur à la nouvelle jurisprudence de la cour de cassation, qui a considéré cette nullité comme étant d'ordre public (Arrêts *Cassat.* des 28 décembre 1830, 17 janvier et 7 février 1832, 13 et 15 mars 1833, J. A., t. 40, p. 343, t. 43, p. 660 et 667, et t. 46, p. 859).

signifiées. 3° Si le système de la cour de Paris pouvait prévaloir, il ne serait donc pas possible de changer, modifier, étendre ou restreindre ses conclusions sur la barre après la plaidoirie de l'adversaire. L'avoué qui durant les trois jours dont parle l'art. 71 n'aurait point signifié ses conclusions, serait donc obligé de laisser prendre un jugement par défaut, puisqu'il ne lui serait pas permis de lier l'instance par des conclusions posées la veille des plaidoiries. Cette dernière supposition doit faire comprendre quelles seraient les conséquences du système que nous combattons.

On paraît avoir confondu deux choses bien distinctes, selon nous, la disposition réglementaire qui prescrit aux avoués de s'avertir réciproquement de leurs conclusions trois jours au moins avant l'audience, autant que faire se pourra; et la volonté du législateur qui prescrit aux avoués de déposer au greffe leurs conclusions avant toute plaidoirie *ne varietur*, si l'on peut s'exprimer ainsi? Lors donc que des conclusions prises par un avoué et signées de lui sont déposées au greffe, la cause est liée, et l'adversaire peut tirer de ces conclusions tel parti qu'il juge convenable. Ces principes ont été consacrés par la cour de cassation et par la cour de Rennes de la manière la plus expresse. Il faut prendre garde de confondre le cas où une cause doit être censée contradictoire, avec le cas où la partie s'est seulement défendue par des conclusions déposées ou signifiées à avoué, et où elle a par conséquent le droit de former opposition, si elle ne plaide pas, mais dans ces deux positions, les conclusions qui sont prises sur le fond couvrent et l'incompétence personnelle et les nullités d'exploit.

2° Dans sa note *jurisprudence* sur l'art. 173, M. Carré cite, sans le combattre, ce qui fait supposer qu'il en admet la doctrine, un arrêt de la cour de Rennes du 10 août 1808 (J. A, t. 22, p. 458). Cet arrêt a jugé que celui qui, de deux nullités, commence par en proposer une, est non recevable à proposer la seconde après le rejet de la première. Pour étayer cette opinion d'un texte quelconque, on serait fort embarrassé, et cependant il ne doit pas être permis de suppléer les fins de non-recevoir; au contraire, on peut invoquer ce qui s'est passé lors de la rédaction du code de procédure.

L'art. 186 du projet portait : *Les exceptions, autres que celles à fin de renvoi, seront proposées conjointement et avant toute défense au fond.*

La généralité des termes de cet article disparut, et on n'appliqua la nécessité de réunir les exceptions qu'au cas où elles seraient dilatoires (art. 186 actuel, code de proc. civ.). De là la conséquence toute naturelle que les nullités de procédure peuvent être successivement proposées.

Telle est l'opinion de M. Pigeau, dans son *Commentaire*, t. 1, p. 411; ce savant jurisconsulte s'appuie sur une raison qui nous paraît également fort bonne, tirée de l'art. 338, et il décide qu'en ce cas les frais occasionnés par la seconde exception ne pourront être répétés par celui qui l'aura soulevée.

3° *Conclure à toutes fins*, après avoir proposé un moyen de nullité, serait-ce élever une fin de non-recevoir contre cette nullité?

M. Carré a examiné cette question (t. 2, n° 1519), et il a présenté une distinction fondée sur un arrêt du 27 septembre 1816 (J. A., t. 22, p. 349). Nous reviendrons sur cette distinction dans une autre dissertation.

Disons toutefois, 1° qu'il y aura forclusion si le moyen de nullité n'a été invoqué que dans les motifs, et n'a point été reproduit dans le dispositif des conclusions, ainsi que l'a jugé la cour de Toulouse, le 9 février 1828 (J. A., t. 34, p. 137); 2° que la partie qui, après avoir demandé la nullité d'un exploit dans une enquête, prend à l'audience des conclusions seulement sur le fond, élève contre elle une fin de non-recevoir. Dans son réquisitoire du 22 avril 1806, rapporté v° *Loi*, § 5, n° 9, M. Merlin déclare qu'en ce cas la partie a renoncé verbalement à ses premières conclusions. Le même jour la cour de cassation consacra sa doctrine (J. A., t. 12, p. 443).

4° Nous avons décidé *suprà*, p. 199, § 7, que la constitution d'avoué, la comparution simple sans défense au fond, ne suffisait pas pour opérer fin de non-recevoir contre un demandeur en nullité.

Par application des mêmes principes, nous décidons qu'un exploit d'anticipation sur un appel est aussi inoffensif qu'une sommation d'audience, pourvu toutefois qu'il ne contienne pas de conclusions sur le fond.

Aussi approuvons-nous, avec M. Carré, l'arrêt de la cour de cassation du 14 janvier 1807 (J. A., t. 12, p. 445), parce que, dans son exploit d'anticipation, l'appelant s'était exprimé en ces termes : *Pour y plaider sur ledit appel, entendre déclarer avoir été bien jugé par le premier juge, mal et sans griefs appelé; ce faisant, voir ordonner que le jugement sortira son plein et entier effet.*

5° *La partie qui, en première instance, a conclu à la nullité de l'assignation à elle donnée, et qui est intimée sur l'appel du jugement statuant sur le fond en sa faveur, peut-elle invoquer la nullité de cet exploit devant la cour royale, après avoir pris des conclusions sur le fond de la contestation, mais sous toutes réserves?*

Avant d'examiner cette question, nous croyons devoir poser une des espèces qui peuvent y donner lieu. Un propriétaire pratique une saisie-gagerie sur les meubles de son locataire. Un tiers, prétendant avoir la propriété des objets saisis, s'oppose à la vente, par exploit signifié au saisissant et au saisi, ainsi qu'au gardien, avec assignation libellée. Mais dans cette assignation il n'énonce point les preuves de sa propriété, et l'exploit qu'il signifie se trouve par là frappé de nullité (art. 608, code de proc. civ.). Le saisissant en demande la nullité pour cette cause, et conclut du reste à ce que l'opposition soit déclarée mal fondée. Jugement qui déboute l'opposant, attendu qu'il n'a aucun droit à la propriété des meubles saisis; mais qui, avant de statuer ainsi au fond, ne prononce rien sur le chef de conclusion tendant à faire déclarer l'opposition nulle. — Appel par l'opposant. A la première audience, il conclut à la réformation du jugement de première instance; son adversaire conclut, sous toutes réserves, à ce que la cour mette l'appellation au néant, et confirme la décision des premiers juges.

L'intimé pourra-t-il plus tard demander, ainsi qu'il l'a fait en première instance, que l'opposition formée à la saisie par lui pratiquée soit déclarée nulle, comme non suivie d'une assignation énonçant les preuves de la propriété de l'opposant sur les meubles saisis?

Au premier abord on est tenté de déclarer qu'il le peut. Il est de principe qu'un intimé peut demander aux juges d'appel une décision sur un chef de conclusions sur lequel les pre-

miers n'ont pas fait droit, et de quelque manière qu'il le demande, il semble qu'on doive l'accueillir ; car, s'il prend la voie de l'appel incident, il sera recevable en tout état de cause (art. 443 C. P. C.), et il le sera pareillement si l'on pense qu'il n'ait pas besoin de recourir à cette voie. L'appel principal de son adversaire lui aura donné le droit de demander la confirmation du jugement de première instance, par tous les moyens possibles, même par ceux que les premiers juges ont cru superflu d'adopter ; et si parmi ces moyens il se trouve une nullité qu'ils n'avaient point examinée avant de statuer au fond, on ne voit pas pourquoi l'intimé ne pourrait pas la soumettre aux juges d'appel, devant qui la cause renaît complètement. Dès qu'ils en sont saisis, le jugement dont on appelle n'a plus d'existence, jusqu'à ce qu'ils le confirment, s'ils pensent que les premiers juges ont bien statué. Si donc ceux-ci ont à tort omis de déclarer nulle l'opposition à la vente des meubles saisis par l'intimé, tout en lui donnant gain de cause au fond, celui-ci ne pourra-t-il pas exiger que la cour royale prononce cette nullité avant d'entrer dans l'examen du fond, qui pour lui sera peut-être jugé autrement qu'en première instance? Ne peut-il pas ajouter, qu'en demandant la confirmation pure et simple du jugement par lui obtenu, il n'a pas pour cela renoncé à la nullité que les premiers juges ont méconnue ? Il est vrai que, s'il avait conclu à cette confirmation purement et simplement sans réserves, il n'aurait pas droit de demander par voie d'appel incident la réformation du chef qui a rejeté, *formâ negandi*, la nullité dont il s'agit, car l'appel incident est interdit à l'intimé qui a conclu de la sorte. On devrait même, à la rigueur, ajouter qu'il ne pourrait pas, par des conclusions additionnelles, faire accueillir cette même nullité par les juges d'appel, après leur avoir demandé purement et simplement la confirmation de la sentence qu'il a obtenue ; mais lorsqu'il l'a demandée sous toutes réserves, on ne pourrait lui contester ce droit, puisqu'il a la faculté d'appeler incidemment de cette sentence sur tous les chefs qu'elle contient.

Nous croyons toutefois qu'il faut décider le contraire. Nous reconnaissons bien que l'intimé peut interjeter appel incident après avoir conclu, sous toutes réserves, à la confirmation du jugement de première instance. Mais en quoi consiste ce

droit? A faire statuer de nouveau, par les juges d'appel, sur les exceptions qu'il a présentées devant les premiers juges, et d'une autre manière que ceux-ci. Un pareil droit ne peut aller jusqu'à produire l'effet de pouvoir proposer un moyen de nullité après avoir plaidé au fond (1); s'il pouvait le produire, il détruirait cette règle fondamentale, que les exceptions de forme doivent être proposées *in limine litis*, et se couvrent par toutes autres que présente le défendeur. C'est là une règle commune à la procédure d'appel et à la procédure de première instance, et elle disparaîtrait en appel, si l'on permettait à l'intimé d'exciper de la nullité de l'assignation à lui donnée en première instance après avoir conclu au fond devant la cour royale. Vainement dirait-on qu'il l'a invoquée en première instance, et qu'en concluant sur l'appel au fond, mais avec réserves, il s'est rendu recevable à la reproduire en tout en état de cause; on lui répondrait que, devenu défenseur en appel par sa qualité d'intimé, il a dû, de même qu'en première instance, invoquer tous moyens de nullité avant de conclure au fond et que ces réserves n'équivalent pas aux conclusions qu'il aurait dû porter en la forme. Ces réserves lui ont bien garanti le droit d'appeler incidemment en tout état de cause, mais elles n'ont pu changer la nature des exceptions qu'il peut invoquer. S'il en est qui consistent en des nullités de procédure, elles n'en auraient pas moins dû être présentées par lui avant toutes défenses au fond D'ailleurs, dès que, par l'effet de l'appel principal, une cause est dévolue à une cour royale, les parties se trouvent au même état que devant les premiers juges : chacune peut invoquer les moyens qu'elle a présentés en première instance; mais elle doit les représenter dans le même ordre, parce que la procédure d'appel doit suivre la même marche que l'instruction faite dans le premier degré de juridiction (art. 470 C. P. C.); l'intimé, qui est défendeur, devra conclure en la forme avant de conclure au fond; sinon, il aura tacitement abandonné et couvert les moyens de nullité qui militaient pour lui. Or, que ces moyens soient tirés de la procédure faite en appel par l'appelant principal, ou bien de celle qui a été faite en première instance, l'intimé qui ne les présentera pas avant tous autres sera censé y avoir renoncé et ne pourra plus les faire re-

(1) Ainsi jugé, le 21 mars 1836, par la cour de Rennes (J. A., t. 51, p. 680).

loir. Telle a été sa conduite dans l'hypothèse que nous avons examinée, et telle en doit être la conséquence légale d'après les questions que nous venons de donner.

Par les mêmes motifs, nous approuvons trois arrêts : deux de la cour de Colmar, des 22 février 1812 et 18 novembre 1815; le troisième de la cour de Paris, du 27 février 1813 (J. A., t. 6, p. 699; t. 12, p. 486), qui ont décidé que l'intimé qui a obtenu, par défaut, un arrêt confirmatif en concluant au fond, n'est pas recevable sur l'opposition à proposer une nullité de l'acte d'appel.

Toutefois il nous paraît résulter d'un arrêt de la cour de cassation du 20 février 1833 (J. A., t. 44, p. 169) que, si l'intimé se borne purement et simplement à demander son renvoi, attendu l'absence de l'appelant sans vouloir entrer dans l'examen d'aucuns moyens de forme ou de fond, et sous toutes réserves, en cas d'opposition, de présenter tel moyen de nullité ou d'incompétence qu'il jugera convenable, aucune fin de non-recevoir ne pourra alors lui être opposée.

L'intimé demande alors la *permission de s'en aller*, comme l'a dit M. Boncenne, et il le peut sans danger pour lui, car le jugement qu'il a obtenu acquiert alors l'autorité de la chose jugée.

C'est ainsi qu'en première instance, si le défendeur ne conclut pas sur le fond, mais demande un congé pur et simple, il peut, sur l'opposition du demandeur, proposer toutes nullités qu'il jugera convenable, tandis que, s'il a voulu avoir un jugement sérieux formant autorité, il ne peut pas, sur l'opposition, proposer une nullité.

6° Il y a eu controverse sur la question de savoir *si la nullité de l'acte d'appel pouvait être proposée, lorsque auparavant l'intimé avait conclu à ce que l'appel fût déclaré non-recevable.*

Le 29 mars (J. A., t. 12, p. 444), la cour de Turin a décidé que la nullité n'était pas couverte; mais, le 28 février 1826, la cour de Nîmes a décidé le contraire (J. A., t. 32, p. 350). Cette dernière cour nous paraît avoir bien jugé : car autrement il faudrait admettre que ces mots *non-recevable* ne présentent aucun sens.

Il est vrai de dire que, dans la pratique, ces mots expriment plutôt une exception qu'une défense sur le fond. Cependant

on ne peut pas y trouver comprise la proposition formelle d'une nullité déterminée ; et, comme les nullités doivent être proposées avant toutes exceptions, le vice spécial de l'acte d'appel ne pouvait pas y être compris.

7° *La partie qui a fait défaut en première instance a-t-elle le droit de proposer en appel un moyen de nullité contre l'exploit introductif d'instance, ou un moyen d'incompétence personnelle?*

Cette question peut se présenter dans plusieurs hypothèses différentes, et elle offre quelques difficultés.

En principe, la cour de cassation a décidé, le 10 janvier 1823, que *l'appel d'un jugement par défaut transfère à l'appelant les mêmes droits que celui du jugement contradictoire, et qu'il confère au défendeur celui de produire en instance d'appel l'exception à la demande principale qu'il aurait pu proposer en première instance* (J. A., t. 25, p. 8).

Le 15 pluviôse an XI, la cour de Dijon (J. A., t. 19, p. 103) a posé les véritables principes d'une manière tellement claire, que nous croyons devoir transcrire ici son arrêt : « Considérant que c'était un principe généralement admis sous l'empire de l'ancienne législation, que les moyens de nullité contre les actes de procédure pouvaient être proposés, tant en première instance qu'en appel, s'il n'y avait eu renonciation formelle ou implicite; que la renonciation s'établissait par l'acte même qui la contenait; mais qu'à l'égard de la renonciation implicite, elle ne s'induisait jamais que de la proposition des moyens du fond; que la renonciation, en ce cas, était fondée sur ce que celui qui consentait à discuter le fond de l'action était censé en approuver la forme; que cette présomption dérivait aussi d'un fait positif sans lequel, et tant que la partie était demeurée dans le silence, tous ses droits demeuraient entiers; que ces principes consacrés par une jurisprudence constante n'ont été changés ni modifiés par aucune loi ultérieure; qu'on objecte inutilement que les nullités n'étant point de droit, et les premiers juges n'ayant pas dû les suppléer, elles ne peuvent être un moyen d'appel. — La réponse est que c'est à celui qui a obtenu le jugement à s'imputer de s'être prévalu de procédures vicieuses, et d'avoir, par son silence, induit les juges en erreur; qu'en vain exciperait-on encore de l'art. 3 de la loi du 4 germinal an II, puisque, en se

pénétrant des vues de la loi, il est aisé de juger qu'elle est ici sans application; qu'à la différence des jugements rendus en première instance, dont la justice et l'intérêt social sollicitent la réformation, lorsque les droits des parties contendantes ont été méconnus, ceux rendus en dernier ressort, quelque erreur qu'ils contiennent, doivent avoir un caractère de stabilité qu'il importe essentiellement à l'ordre public de maintenir; que la cassation de ce jugement est aussi un remède extrême que le législateur a dû renfermer dans des bornes étroites, et dont l'art. 3 de la loi précitée a eu pour but de restreindre l'exercice; — Que les dispositions de cet article sont donc une véritable exception au droit commun, faite uniquement pour le tribunal de cassation, et par conséquent sans application aux tribunaux d'appel. »

Mais la partie condamnée par défaut aurait-elle le même droit en appel si, en première instance, elle avait formé opposition au jugement par défaut, et si son opposition avait été déclarée non-recevable faute d'avoir été réitérée par requête?

Il faut distinguer : si le défaillant, dans son opposition, conclut au fond, il nous paraît certain que cet acte, quoique irrégulier, s'oppose à toutes conclusions en nullité.

S'il déclare, au contraire, purement et simplement, s'opposer au jugement rendu contre lui, sans fournir aucun moyen à l'appui de cette opposition, on ne peut lui imputer d'avoir couvert les nullités par quelque défense ou exception. Tel est aussi l'avis de M. Coffinières, qui combat un arrêt du 17 avril 1809, de la cour de Paris (J. A., t. 12, p. 464).

Nous ne pouvons admettre le système de la cour d'Orléans, qui, dans un arrêt du 26 août 1812, a pensé que l'exception de nullité n'était pas couverte par une opposition extrajudiciaire motivée sur le fond, lorsque la requête contenait d'abord la demande en nullité, ensuite les moyens du fond, attendu que cette requête s'identifiait avec l'opposition (J. A., t. 12, p. 489).

Nous n'approuvons pas, également, une décision de la cour de Douai du 26 février 1833, de laquelle il résulte que la partie qui, dans son acte d'opposition, a conclu au fond, peut ensuite à l'audience proposer une incompétence *ratione personæ* (J. A., t. 45, p. 443).

Qu'importe que les moyens du fond soient énoncés dans les conclusions ou dans la requête d'opposition? Les moyens présentés dans l'acte d'opposition appartiennent à la cause, comme ceux qu'on propose dans les conclusions. Dans l'un et l'autre cas, c'est aux juges qu'on s'adresse, et la discussion porte sur toute la défense. Il n'y a donc pas lieu à distinguer : d'ailleurs, ce serait contre le vœu de la loi. Pourquoi, en effet, a-t-elle voulu que l'opposition fût formée par requête et contînt les moyens de l'opposant ? S'il est vrai que cet acte n'a aucune valeur, aucune importance, à quoi bon exiger impérieusement une formalité qu'on sait inutile et qui ne fait qu'augmenter les frais? Ce serait faire injure au législateur que de lui prêter une pareille intention.

On pourrait relever une contradiction entre deux arrêts rendus, l'un par la cour d'Angers, le 11 juin 1824, l'autre par la cour d'Aix, le 15 janvier 1825 (J. A., t. 27, p. 55, et t. 28, p. 253); mais il faut avoir soin d'observer qu'il s'agissait, dans les deux espèces, de tribunaux de commerce, et que, dans l'une, ce tribunal était incompétent d'une manière absolue, tandis que, dans l'autre, aux termes de l'art. 626 code de comm., il fallait que le renvoi fût demandé.

De notre opinion résulte nécessairement que, sur l'opposition à un jugement par défaut, les moyens de nullité ou d'incompétence peuvent être proposés; c'est ce qui a été jugé, le 23 décembre 1809, par la cour de Bruxelles (J. A., t. 15, p. 334). Tel est aussi l'avis de MM. Pigeau, *Commentaire*, t. 1, p. 381, et Favard de Langlade, t. 2, p. 458. L'opinion de M. Carré sur ces diverses difficultés a été consignée dans les *Lois de la procéd.*, t. 1, nos 712 et 713.

8o M. Boncenne, t. 3, p. 295, professe que les nullités sont couvertes par tout ce qui peut faire présumer la renonciation de celui qui aurait eu le droit de s'en prévaloir, *comme s'il a mis un garant en cause ou demandé un délai afin de l'appeler*, et il ne donne aucun développement à son opinion qu'il avait déjà émise à l'occasion de la compétence, même tome, p. 217.

Cette doctrine nous paraît trop absolue. Une distinction, signalée par M. Carré, doit, selon nous, venir en aide à la position d'une partie assignée.

S'il lui plaît d'appeler de suite son garant en cause, même

pour plaider sur le moyen de nullité, ou sur l'incompétence, qui peut, qui doit l'en empêcher? Elle n'a encore rien fait signifier à son adversaire; elle n'a donc pas défendu à son action, elle pourrait encore faire défaut; contre elle ne peut s'élever aucune fin de non-recevoir.

Après avoir assigné son garant, le défendeur veut lier la cause avec le demandeur, s'il notifie l'appel en cause du garant purement et simplement, nul doute qu'on pourra lui opposer, lorsque plus tard il présentera un moyen de nullité ou une exception d'incompétence, qu'il a déjà notifié un acte de défense (1). Si, au contraire, il commence par proposer son moyen de nullité en énonçant, à la fin de son exploit, qu'il a appelé en cause son garant pour qu'il ait à soutenir concurremment avec lui ses moyens exceptionnels comme ses moyens au fond, il ne devra plus être déclaré non recevable. MM. Thomine Desmazures, t. 1, p. 319; Demiau Crouzilhac, p. 146, et Pigeau, t. 1, p. 400, partagent cette opinion.

A plus forte raison pensons-nous que la cour de Rennes a bien jugé, le 9 août 1819 (J. A., t. 13, p. 108), en décidant que l'action d'un associé assigné, qui appelle en cause ses coassociés, *est un envisagement étranger au demandeur..., et qu'elle n'a pour objet que de forcer ses associés à se réunir à lui pour repousser la demande dans l'intérêt commun.*

Aussi la cour de cassation a-t-elle décidé, le 7 prairial an XIII (J. A., t. 18, p. 873), que la partie assignée en reconnaissance d'une délégation ne peut proposer un déclinatoire après avoir demandé et obtenu la mise en cause d'un tiers qui a fait opposition entre ses mains.

Toutefois nous n'approuvons pas un arrêt de la cour de Paris du 14 pluviôse an XI (J. A., t. 12, p. 434), lequel a décidé qu'avant de proposer une nullité, le défendeur pouvait demander la mise en cause de tous les cohéritiers du demandeur. En rapportant cet arrêt, t. 3, p. 131, les rédacteurs du nouveau *Journal du Palais* pensent, comme nous, que l'art. 173 ne permet plus le doute.

9° La signification d'un jugement est presque toujours d'une haute importance; elle fait courir des délais; ces délais

(1) Ainsi jugé, le 13 juillet 1822, par la cour de Limoges (J. A., t. 24, p. 232). C'est ce qui paraîtrait aussi devoir résulter d'un arrêt de la cour de Toulouse, du 29 avril 1822 (J. A., t. 24, p. 127).

expirés, des déchéances sont acquises contre la partie à laquelle a été faite cette signification. Ici devient applicable cet axiome banal tant de fois ridiculisé et qui cependant est si vrai, que *la forme emporte le fond*.

Il est donc fort important de bien préciser l'époque à laquelle cette signification, tout incomplète ou irrégulière qu'elle serait, deviendra inattaquable.

Deux systèmes sont présentés par la doctrine et la jurisprudence.

Dans les notes de sa jurisprudence sous l'article 456, M. Carré cite un arrêt de la cour de Rennes, du 5 avril 1814, qui a décidé que l'intimé pouvait invoquer la nullité de la signification du jugement de première instance, quoique, dans le cours de l'instance, il n'en eût pas parlé (J. A., t. 12, p. 495), et il adopte le motif de cet arrêt en disant : *C'est en effet que le défaut de notification est essentiellement différent d'une simple nullité d'exploit, qui peut être couverte par le seul silence.*

D'un autre côté, trois cours royales ont pensé que l'appréciation de cette fin de non-recevoir était une question de fait; ainsi, la cour de Limoges a décidé, le 15 novembre 1811 (J. A., t. 17, p. 206), que la nullité était couverte lorsqu'on avait parlé sans aucune réserve de la signification dans l'acte d'appel, et qu'on avait pris ses conclusions au fond; la cour de Grenoble, le 16 août 1826 (*J. des arr.* de cette cour, 1826, p. 112), qu'on devait par le même motif, déclarer la demande en nullité non-recevable, lorsque l'appelant avait défendu aux nullités de son acte d'appel; et enfin la cour de Bourges, le 28 avril 1832 (*J. des arr.* de cette cour, t. 11. p. 212), que la signification d'un jugement par défaut ne pouvait pas être attaquée devant la cour, lorsque, sur l'opposition en première instance, la nullité n'avait pas été proposée.

Nous n'adoptons pas la raison donnée par la cour de Rennes, à savoir que la nullité d'une signification de jugement n'est pas une nullité d'exploit.

Mais nous éprouvons plus d'embarras pour décider quand cette nullité sera couverte.

On ne peut poser en principe que tout acte, toutes conclusions qui suivront cette signification, élèveront une fin de

non-recevoir par application de l'art. 173. — Ce système serait absurde par deux raisons : la première, que l'art. 173 suppose une défense, conséquence de l'acte argué de nullité, tandis qu'un plaideur peut n'avoir nul intérêt à se préoccuper d'une signification qu'il n'a pas besoin d'attaquer; la seconde, que cette signification faite à un autre domicile que le sien peut lui être complétement inconnue.

Il nous paraît donc impossible de se rattacher à une règle absolue, invariable; tout dépendra des faits et circonstances de la cause, comme nous l'avons dit, p. 189, à l'occasion des délais. Ce sera aux magistrats à distinguer les cas où le vice de la signification, et la signification elle-même auront été l'objet d'un examen de la partie qui, plus tard, en désespoir de cause, viendra proposer un moyen de nullité.

On ne peut pas se dissimuler que la partie qui a reçu la signification n'a intérêt à en demander la nullité qu'autant qu'on lui oppose cette signification. Ainsi son silence ne peut suffire : il faut, au contraire, un acte d'une volonté clairement exprimée.

CHAUVEAU ADOLPHE,

Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT

EN FRANCE.

REVUE DES PRINCIPALES PUBLICATIONS DEPUIS 1834

Depuis quatre ans (1) je n'ai plus entretenu les lecteurs allemands des progrès de la philosophie du droit en France. Cette période s'est passée avec plus de calme que celle des quatre années antérieures. On pourrait croire que, pendant sa durée, la science du droit politique, avec laquelle, en France, la philosophie du droit est intimement liée, est restée stationnaire ; il n'en est pas ainsi cependant ; et s'il est vrai que les productions dans cette partie de la science ne fassent pas époque et ne contiennent rien d'entièrement neuf, ces travaux prouvent néanmoins que les jurisconsultes français n'ont cessé de s'occuper de cette importante étude.

Dans un précédent article (2) j'ai divisé en deux classes les auteurs français qui ont écrit sur cette matière. Les uns ont une tendance pratique, les autres s'arrêtent plutôt à la théorie. Récemment une troisième école s'est formée à côté des deux autres, qui s'est donné la tâche de faire des recherches historiques sur la philosophie du droit et les systèmes des socialistes. Ici de nouveaux noms surgissent, parmi lesquels on peut citer en première ligne le comte Louis de Carné et Charles Reybaud, dont les travaux donneront, en France, une nouvelle impulsion à la marche de la science.

§ 1. *Auteurs pratiques.*—Depuis 1834, les partis politiques en France ont cessé de se faire la guerre. Transportée de la rue dans la presse, la lutte a pris un caractère pacifique. Si

(1) Voir Journal de jurisprudence et de législation étrangère, t. VII, 1834-35.
(2) Ibid.

les événements politiques de 1789 doivent être considérés comme le combat de la philosophie avec l'histoire, et la charte de 1830, ainsi que la fondation de la dynastie de juillet, comme le dernier essai d'une transaction entre l'une et l'autre; il est aussi vrai de dire que les partis ennemis de cette transaction sont ou les représentants de l'histoire ou les promoteurs des théories les plus avancées. Les premiers, bien que vaincus, s'efforceront encore, pendant de longues années, de ramener les temps passés; les autres veulent le triomphe de la démocratie avec ou sans la royauté. L'assassinat se mêlant dans cette lutte a été un douloureux spectacle; heureusement, la Providence a détourné les coups que nulle prévoyance humaine n'eût pu éviter. L'horreur inspirée par ces déplorables excès a poussé les amis les plus éclairés du développement démocratique vers un centre dominant, et, par suite, il s'est formé un parti appelé juste-milieu, sur lequel s'appuie le gouvernement actuel de la France.

Toutefois ces attaques, ces froissements ont éclairé la situation, on est arrivé à mieux apprécier les faits et à poser plus nettement toutes les questions de principes qui se rattachent à la démocratie. Selon les partisans de la charte de 1830, la démocratie est parvenue au point qu'il lui est permis d'atteindre dans l'état actuel de la civilisation en France; un système plus complétement démocratique conduirait infailliblement à la tyrannie des masses, et amènerait une réaction défavorable à la cause de la liberté.

Les besoins actuels de la société française demandent seulement qu'il soit pourvu avec plus de sympathie aux intérêts intellectuels et matériels du pays, que la liberté civile soit plus sérieusement garantie, et que le gouvernement s'applique à donner un large développement à l'industrie, aux sciences et aux arts.

Ce sont là les opinions du chef de l'école doctrinaire, de M. Guizot, qui a toujours la conscience si nette du but vers lequel il marche; il les a développées avec autant de force que de clarté dans le discours remarquable qu'il a prononcé lors de sa réception à l'Académie française, et qui n'a été si vivement critiqué par les adversaires de cet illustre écrivain que parce qu'ils en ont bien compris toute la portée. On retrouve encore ces opinions dans un article récemment pu-

blié par M. Guizot et reproduit dans la *Revue universelle*, tom. III, ann. 1838 (1).

Dans un livre fort spirituel qu'il a publié en 1837, sous le titre : *De la nouvelle démocratie en France*, Édouard Alletz a porté le même jugement que M. Guizot sur l'état social de son pays. Tout ami des progrès paisibles lira ce livre avec intérêt, quand même il pourrait ne pas être d'accord avec l'auteur sur quelques points.

Tandis que, pour ces écrivains, la vraie démocratie, la seule possible, consiste dans le gouvernement par l'élite de la classe moyenne ; tandis que cette forme de gouvernement leur paraît être enfin le triomphe du tiers état qui, en 1789, a commencé la lutte contre les classes privilégiées, d'autres voient dans l'influence politique de la bourgeoisie, la tyrannie de nouveaux privilégiés, ne formant, parmi les 34 millions de Français, qu'une mince fraction à laquelle se trouve soumise, par une inégalité choquante des droits politiques, la grande majorité de la nation. A leurs yeux, les électeurs sont une nouvelle caste, qui absorbe sans titre les pouvoirs de l'État.

La question démocratique a été présentée, pour la première fois, sous cette forme, dans l'opuscule de M. de Lamennais, intitulé *le Livre du peuple*. Cette production se distingue par un style brillant, mais la pensée n'y est qu'un pâle reflet des *Paroles d'un croyant*. L'ardent auteur ne nous apparaît plus que comme une ombre de lui-même. Il a quitté le chemin qu'il s'était frayé, pour se placer à la suite de Jean-Jacques Rousseau, toutefois il s'est moins efforcé de consolider les fondements de la doctrine du Contrat social, que de la répandre dans les classes inférieures de la société, dont il plaint vivement le sort. Le dogme de la souveraineté imprescriptible du peuple y semble prêché aux masses pour les exciter à renverser l'ordre social actuel. C'est toujours au nom du christianisme que parle l'auteur. Il est cependant digne de remarque que les principes exposés dans la première partie du livre qui traite *des droits*, sont réfutés dans la deuxième partie où il traite *des devoirs*, et où l'auteur recommande la résignation et la charité.

Le *Livre du peuple* a donné lieu à une polémique fort inté-

(1) Bruxelles, Hauman et Ce

ressante entre deux amis de l'auteur, M. Lerminier et Mme Dudevant, si célèbre sous le nom de George Sand.

Lerminier, défenseur et propagateur actif de la démocratie, repoussa vigoureusement le système essayé par Lamennais. Il publia, sous le titre très-significatif *Du radicalisme évangélique*(1), une réfutation de la doctrine du Livre du peuple, aussi profondément pensée que nettement exprimée. Cette critique donna lieu à une défense spirituelle de Lamennais par George Sand (*Lettre à M. Lerminier sur son examen critique du Livre du peuple*) (2). Lerminier fit une réponse, et une courte lettre de George Sand termina ce débat littéraire, conduit de part et d'autre avec esprit et urbanité (3).

Lerminier compare Lamennais à d'autres réformateurs qui, avant lui, tentèrent de construire un Etat démocratique sur les bases du christianisme. Il le place à côté de Papius de Nicropolis, en Phrygie, et des anabaptistes de Munster.

Selon le savant critique, toute démocratie raisonnable doit reposer non pas sur la souveraineté du nombre, mais sur la souveraineté de l'intelligence.

Il soutient que si Lamennais se prononce pour la souveraineté du nombre, c'est par oubli des enseignements de l'histoire; car jamais la mise à exécution de ces théories, qui impliquent de graves contradictions, ne répondrait à ses désirs. Ce qui manque au peuple, dit Lerminier, c'est une bonne éducation. La seule tâche imposée au temps présent, c'est de tirer les classes inférieures de leur état d'abaissement intellectuel et moral. La question politique se trouvera alors résolue d'elle-même. A cette occasion, Lerminier engage son ami à remettre ses forces au service de la religion, afin de hâter la régénération du christianisme (néo-christianisme) tant désirée par tous les hommes éclairés. A son avis, la philosophie a dès longtemps donné une solution aux problèmes sociaux, elle n'attend plus de réformateurs.

Rapportons ici quelques-uns des passages les plus remarquables de la réfutation de Lerminier :

« Quand M. Lamennais dit que le peuple a le droit de vivre et de se développer, nous disons : oui; mais quand il

(1) Revue universelle, t. 1er, 1838
(2) Ibid
(3) Voir ces deux pièces, ibid, t. II.

ajoute qu'il a le droit, à l'heure qu'il est, de gouverner la société, nous répondons : Non. Tout homme a le droit de ne pas mourir de faim, et la société est en faute quand un individu tombe d'inanition et périt de détresse. Tout homme a encore un droit imprescriptible à l'éducation et au travail, et la société lui doit les méthodes de l'éducation et les instruments de travail ; mais au delà, le droit de l'individu ne peut s'accroître qu'avec le développement même de son intelligence.

» La société doit aujourd'hui non pas livrer au peuple un pouvoir dont il ne saurait se servir que d'une manière mortelle pour lui-même et pour tous les intérêts, mais lui donner une éducation qui le mène successivement à tous les degrés de la puissance et de la souveraineté sociale. M. Lamennais dit dans son livre, en s'adressant au peuple : *Quand vous aurez reconquis votre droit*, SI VOUS EN USEZ AVEC SAGESSE *le monde changera de face*. Et quelle est la condition nécessaire de la sagesse du peuple, si ce n'est la science ? La distribution de la science au peuple doit donc précéder son initiation au pouvoir.

» *Pourquoi l'astre de la science ne se lève-t-il point sur l'horizon du monde ténébreux où on l'a relégué?* demande M. Lamennais au peuple. Voilà la véritable et aujourd'hui la seule question à poser. Le peuple est ignorant, il faut qu'il cesse de l'être, et à mesure que cette ignorance décroîtra, son droit à la puissance grandira d'autant plus. Nous reconnaissons la souveraineté du peuple, mais nous l'identifions avec la souveraineté de l'esprit humain, et, par une conséquence naturelle, nous voulons instruire le peuple avant de le couronner.

» M. Lamennais, entraîné par de nobles passions, veut, du sein de l'extrême misère, pousser le peuple à l'extrême grandeur ; chez lui le sentiment l'emporte sur la raison ; il y a surtout dans son talent de la colère et de la charité ; il hait et il aime tour à tour les hommes et les choses, plus qu'il ne les juge et ne les comprend. »

George Sand, tout en s'étonnant de rencontrer M. Lerminier pour adversaire, l'accuse de méconnaître les intentions et les doctrines de Lamennais. Selon lui, le principe de Lerminier : *que le pouvoir appartient à l'intelligence*, conduirait à l'oppression de la majorité par la minorité, les limites de

cette sorte de souveraineté n'ayant pas été indiquées. D'ailleurs quels seraient, parmi le peuple, les individus, regardés comme les dépositaires et vrais organes de l'intelligence, et par suite appelés à exercer la souveraineté? Il pense que Lamennais ne veut qu'une participation indirecte des classes inférieures à l'exercice du pouvoir, *une intervention médiate du peuple dans le gouvernement.* Ce n'est que dans ce sens qu'il faut marcher à l'affranchissement du peuple et réaliser le vœu de Sieyes. George Sand affirme que le peuple ne choisirait jamais que les plus capables et les plus dignes de le représenter. Il termine sa défense en priant Lerminier de vouloir bien lui indiquer la solution définitive et catégorique, prétendument donnée par la philosophie moderne à toutes les questions sociales.

La réponse de Lerminier à cette lettre ne présentant aucun argument nouveau, George Sand se borna à faire remarquer qu'étranger aux profondes études familières à M. Lerminier, il eût peut être dû s'abstenir de se mêler dans ce débat philosophique.

Le fond de cette controverse, c'est la modification de la loi électorale : il s'agit de savoir qui dominera en France au moyen de cette loi. Le cens doit-il être maintenu ou doit-il être abaissé? voilà toute la question.

On sait que depuis longtemps les républicains et les légitimistes s'accordent pour réclamer l'abaissement du cens; les deux partis ne diffèrent que sur la quotité.

Les républicains, dans le but d'arriver à la république, veulent admettre au droit électoral tout ce qui est propriétaire ou industriel. De leur côté, les légitimistes proclament le vote universel, au moyen duquel ils comptent ramener la restauration.

§ 2. *Auteurs théoriques.* — Laissons maintenant la politique pratique et occupons-nous des auteurs qui se sont plus attachés à la théorie. La philosophie du droit comme droit naturel, n'est pas originaire de France, elle n'y a même jamais été naturalisée. Lorsque le besoin s'en présente, on s'y empare des théories de l'étranger; ainsi les praticiens français font encore aujourd'hui des citations de Grotius, de Puffendorff, de Wolff. Les leçons de droit naturel données dans l'intervalle de 1819 à 1822, n'ont eu qu'un succès éphé-

mère, et l'essai fait en 1834 et 1835 d'un cours de droit naturel à la faculté des lettres, à Paris, par Théodore Jouffroy, semble abandonné. Ses leçons, imprimées en deux volumes, ne contiennent que l'introduction à l'histoire de cette science jusqu'à Wolff. Jouffroy l'a conçue d'une manière toute différente de celle qui a été adoptée jusqu'ici. Il a montré par là que l'histoire du *droit naturel proprement dit* ne lui est pas familière. Pour lui le droit naturel, c'est la connaissance de la destination de l'homme sur la terre, et des devoirs qu'il doit remplir pour vivre conformément à cette destination. Son droit naturel c'est la morale, il n'y manque que le chapitre des devoirs envers Dieu et le prochain (V. vol. 1, p. 12-13). L'auteur, en entrant dans les détails de son sujet, se crée également une terminologie nouvelle; il divise cette branche de la philosophie en cinq parties correspondantes à cinq différents rapports sous lesquels l'homme peut être envisagé. Il y a, dit-il, cinq espèces de relations principales : 1° Celles de l'homme envers l'homme, qui font l'objet du droit d'humanité; 2° celles de la famille, qui font l'objet du droit de famille; 3° celles des citoyens d'un même état, qui font l'objet du droit privé; 4° celles des citoyens envers l'État et de l'État envers les citoyens, qui font l'objet du droit public; 5° celles de société à société, qui font l'objet du droit des gens. Les trois premières relations forment une nouvelle division, qui a pour objet ce que l'auteur appelle *le droit de la nature*, parceque ces relations peuvent exister en dehors de tout état social.

Jouffroy appartient à l'école empirique française, qui suit de près l'école écossaise, et défend le spiritualisme et les principes d'une morale désintéressée. Il se réserve de démontrer, avec plus de développements, dans ses leçons, que ces principes ont une existence réelle dans la nature supérieure de l'homme, et forment la base de ses droits et de ses devoirs. Toutefois, il examine en critique les systèmes des moralistes les plus célèbres. Ces recherches historiques remplissent la presque totalité des deux volumes. Les auteurs y sont classés d'après les écoles (1). D'abord viennent les systèmes qui combattent l'impossibilité d'une loi obligatoire, c'est-à-dire

(1) Jouffroy rappelle Hinsicht et Heaxter sous plus d'un rapport

ceux qui sont incompatibles avec la liberté morale, à savoir : 1° le système de la nécessité ou le matérialisme; 2° le système mystique; 3° le système panthéiste ou système sceptique. Ensuite viennent les systèmes qui défigurent la loi obligatoire, comme par exemple le système de l'égoïsme de Hobbes et le système de Bentham. L'auteur a parfaitement réussi dans la critique des deux derniers systèmes (voir leçons 11 à 15). Les leçons 16 à 20 sont consacrées à l'examen des systèmes des sentiments moraux (système sentimental). L'auteur s'occupe en particulier de la théorie des sentiments de Adam Smith. La théorie rationaliste de Price fait l'objet des leçons 21 à 23. Enfin les théories de Wollaston, Clarke et Montesquieu, Malebranche et Wolff, que l'auteur ne fait pourtant qu'effleurer, terminent sa 24e et dernière leçon (1).

Cet ouvrage se distingue essentiellement de la plupart des publications de cette nature qui se font en France, par l'absence complète de toute tendance politique. Presque tous les livres dont nous serons dans le cas de faire mention, appartiennent plutôt à la politique qu'à la philosophie du droit proprement dite (2).

Citons d'abord les nouvelles éditions de quelques-uns des ouvrages déjà indiqués dans nos revues précédentes, comme par exemple, *l'Introduction à l'histoire du droit* (3), par Lerminier; *la Philosophie du Droit* (4), par le même; ensuite le *Traité de Législation*, par Charles Comte, mort en 1837 (5). A ces éditions nouvelles il faut encore ajouter celle du livre peu connu, *Des éléments du Droit Naturel*, par Perreau.

Parmi les publications nouvelles qui méritent d'être remarquées, on peut citer les *Nouvelles considérations sur le rapport du physique et du moral de l'homme*; ouvrage posthume de M. Maine de Biran, publié par M. Cousin en 1834.

La préface de l'éditeur contient l'analyse des vues philosophiques de l'auteur qui se rapproche des principes de l'école écossaise.

(1) Nous ne nous appesantirons pas davantage sur ce sujet, parce que M. le professeur Suss se propose d'en faire paraître une critique détaillée.

(2) L'histoire de cette science, que M. le professeur Suss fera paraître prochainement, en contiendra la nomenclature.

(3) 1 vol. 8°, Bruxelles, Haumen et Ce.

(4) 1 vol. 8° ibid.

(5) 1 vol. 8° ibid.

L'Histoire abrégée de la liberté individuelle chez les principaux peuples anciens et modernes; par Nigon de Berty, subst. du procureur du roi, à Auxerre, est un livre sans profondeur.

L'auteur manque des connaissances historiques et ethnographiques nécessaires, de sorte que cette histoire comparée de la constitution chez tous les peuples, n'est qu'un essai manqué.

Le livre intitulé : *Du pacte social et de la liberté politique, considérés comme complément moral de l'homme*, Paris, 1835, est le produit d'un cerveau exalté. L'auteur anonyme a fait imprimer son ouvrage pour accomplir, dit-il, un devoir de conscience; ce livre contient le projet d'une nouvelle charte pour la France, en 160 articles, accompagnés de leurs motifs. Les réformes s'étendent jusqu'au droit civil et au droit criminel; par exemple, l'abolition de la peine de mort y est proposée, à l'exception d'un seul cas, pour punir les crimes politiques d'un ministre.

De ces livres nous passons volontiers aux *Études d'histoire et de philosophie*, par M. E. Lerminier (1).

Ce livre est une collection de portraits critiques, dans lesquels on distingue, parmi les anciens, ceux d'Hérodote, de Thucydide, de Pindare, de Salluste, de Tacite; et de Benjamin Constant parmi les modernes; les articles qui se font encore remarquer sont ceux qui s'occupent de la Déontologie de Bentham (2), de l'Introduction à la science de l'histoire, par Buchez (3); des adversaires de Lamennais (4); de la réaction contre les idées (5); des débats sur le christianisme, du scepticisme contre la foi; enfin deux articles fort intéressants : de l'enseignement des législations comparées (6), et de la méthode dans l'histoire des législations comparées (7).

Nous ne devons pas omettre la nouvelle théorie industrielle de *Charles Fourier*, qui a particulièrement excité l'attention publique. Cette théorie a été analysée par Louis Reybaud,

(1) 2 vol. in-18, Bruxelles, Hauman et Cᵉ
(2) 1 vol. in 8°, ibid
(3) 2 vol. in 16, ibid
(4) Revue universelle, t. III, 1835
(5) Ibid, t. II, 1838.
(6) Ibid, t. II, 1835.
(7) 1 vol. in-18, Bruxelles, Hauman et Cᵉ

dans la *Revue Universelle*, tom. 6, 1837. P. Gueroult et Louis de Carné s'en sont aussi occupés dans le *Journal des Débats* du mois de janvier 1838.

Tandis que ces derniers tiennent Fourier pour un rêveur, Reybaud juge beaucoup plus favorablement ses principes, dont quelques-uns lui paraissent même d'une utile application. Il s'agit de nouveau de l'abolition de toute propriété privée; tous les biens seraient mis et exploités en commun. Les produits de l'agriculture, de l'industrie et du commerce entreraient dans la communauté; tout individu y prendrait une part calculée suivant la proportion de sa mise première et de son travail. Cette communauté ainsi organisée serait une véritable société anonyme, dans laquelle chacun posséderait un certain nombre d'actions qui serviraient à fixer son dividende, tandis que tout travail recevrait son salaire mérité. La distribution du travail se ferait suivant le penchant naturel et dominant de chacun; c'est pourquoi l'attraction instinctive est regardée comme la loi dominante du nouvel ordre social. Il serait formé des groupes, des séries, des phalanges et enfin des phalanstères, qui remplaceraient les différentes classes actuelles des habitants d'une localité, de nos villages, etc. Delà est venu le nom de phalanstériens donné aux sectateurs de ce système (1).

Les doctrines de Charles Fourier ont donné naissance à une école dans laquelle on compte Victor Considérant, à Metz, Abel Transon, Clarissa Vigoureux, Morize et d'autres, qui publient un journal intitulé : *le Phalanstère*. La mise en pratique de ce système, essayée près de Condé, n'a pas eu le succès auquel on s'était attendu (2). Comme la théorie de Fourier rentre plutôt dans l'économie politique que dans la philosophie du droit, nous nous bornerons ici à renvoyer à une dissertation de M. *Ordinaire*, qui se trouve dans une des livraisons les plus récentes du Journal d'économie politique du docteur Rau (3).

L'école de Fourier s'attache exclusivement à deux vérités

(1) Voir : Aux phalanstériens la Commission préparatoire de l'institut social, à feuilles 8° Voir aussi Déclaration des motifs et des principes

(2) Depuis 1837 plusieurs autres essais doivent avoir été commencés.

(3) L'ouvrage le plus récent qui traite de cette théorie est de Victor Considérant. Il est intitulé La destinée sociale (Paris, 1838) et mérite d'être lu

qu'elle poursuit jusque dans ses dernières conséquences, savoir : 1° Qu'il est dans l'intérêt du progrès matériel de l'humanité que l'industrie soit, autant que possible, exploitée en commun au moyen des associations; 2° que, pour le choix d'une vocation il faut avoir égard, plus qu'on ne l'a fait jusqu'ici au penchant naturel de l'individu.

Nous terminerons cette notice sur les publications théoriques, en donnant un aperçu rapide des etudes du droit public par *Schutzenberger*, en 1837 (1). Schutzenberger, dans la première partie intitulée : *De la nature du droit*, donne une introduction à la philosophie du droit. Auteur spirituel, il est aussi familiarisé avec la philosophie française qu'avec la philosophie allemande. Il s'est tracé une route spéciale pour parvenir à la solution du problème qu'il s'est posé. L'histoire en même temps que l'anthropologie sont mises à contribution pour fournir les faits qui font la base du droit, et pour en approfondir la nature. Partant des faits signalés par l'expérience, il tâche de fixer par une analyse exacte l'idée du droit; il examine ensuite les théories des matérialistes français et anglais aussi bien que des rationalistes allemands sur le fondement et la nature de tout droit. Il montre ensuite que ces théories sont insuffisantes, et termine avec sa propre synthèse, qui est une déduction anthropologique de l'idée du juste et de l'injuste, innée à l'homme et intimement liée au penchant de la sociabilité. Il ne faut pas craindre de ne trouver dans cette analyse qu'un assemblage aride de faits anthropologiques, ou de définitions logiques, l'auteur a raisonné ses idées fondamentales en les appliquant sans cesse à l'histoire des États et des systèmes philosophiques, son langage est brillant, et si parfois il semble s'écarter de son sujet et ajoute ainsi quelque difficulté à le saisir, l'attrait du style dédommage pleinement de ce léger défaut.

Pour bien juger la doctrine du docteur Schutzenberger il faut se placer au point de vue qu'il a choisi, alors on reconnaît que son analyse est exacte dans les points les plus essentiels, mais que la synthèse n'est pas suffisamment développée. Certes l'auteur est dans la bonne voie, cependant la solution qu'il a essayé de donner à ses questions ne paraît pas satisfaisante,

(1) La critique détaillée de cet ouvrage, par M. le professeur Abegg, se trouve dans les Annales de Berlin, année 1837.

la matière n'est pas épuisée. L'auteur n'a pas recherché toutes les lois de la volonté humaine, et celles qui sont indiquées n'ont pas été discernées avec une entière netteté.

3° *Auteurs historiques.* On s'intéresse maintenant beaucoup, en France, à l'histoire des systèmes socialistes et des théories philosophiques-politiques. La liberté illimitée de la presse donne sans cesse le jour à de nouveaux essais; et bien que la plupart de ces productions de l'esprit philosophique de notre siècle soient bientôt vouées à l'oubli, leur apparition dans le mouvement général est rarement sans intérêt; chacun contribue à relever plus particulièrement et à mettre en évidence l'une ou l'autre vérité. Lerminier, Reybaud, de Carné et autres, ont écrit en ce genre des articles très-remarquables. Nous mentionnerons ici une histoire détaillée du saint-simonisme, par Louis Reybaud (Revue Universelle, t. V, 1836); un aperçu critique de la morale endæmonistique de Pierre Leroux (Revue des deux Mondes, t. Ier, 1836); un exposé de la dernière situation des écoles politiques et des partis en France, par Louis de Carné (Revue Universelle, t. II, 1836); le résumé du système économique-politique de Owen, par Reybaud (même Revue, t. III, 1838); enfin plusieurs notices biographiques sur des hommes d'État français, qui ont exercé une influence décisive sur la reorganisation de leur patrie. Comme chefs-d'œuvre de ce genre, il faut citer deux mémoires de Miguet, *Sieyes, sa vie et ses travaux*, reproduit dans la Revue universelle, t. Ier, 1837, et *Ræderer, sa vie et ses travaux* (Revue des deux Mondes, t. Ier, 1838). Sieyes ayant joué à côté de Mirabeau, dans le grand drame de la révolution française, un rôle à jamais mémorable pour l'histoire des théories philosophiques politiques, nous croyons que nos lecteurs nous sauront gré de leur donner ici une courte analyse du travail de M. Mignet. Sieyes, né à Fréjus au mois de mai 1748, mourut à Paris en 1836. L'occupation qu'il aimait de préférence, indique la tendance de son esprit philosophique. Locke et Coudillac étaient ses auteurs favoris. D'abord théologien, il devint bientôt idéologue. Déjà avant l'ouverture des états généraux, Sieyes avait porté un coup décisif, en publiant en 1788 et 1789 son *Essai sur les priviléges*, sa célèbre question *Qu'est-ce que le tiers état*; et un écrit intitulé : *Moyens d'exécution dont les représen-*

tants de la France peuvent disposer. L'égalité était son principe fondamental ; il la vit dans le tiers état, dont cependant, en 1789, les droits vis-à-vis des deux autres états étaient pour ainsi dire nuls. De là la réponse tranchante aux trois questions : Qu'est-ce que le tiers état (1) ? Tout. Qu'a-t-il été jusqu'à présent ? Rien. Que demande-t-il ? A devenir quelque chose. C'est lui qui changea la réunion du tiers état en représentation nationale de la France et en assemblée constituante, d'abord en faisant décider (2) que les mandats des députés seraient vérifiés immédiatement et que les délibérations commenceraient sans attendre le concours des autres états qui hésitaient ; en second lieu, en déterminant l'assemblée à rester réunie malgré l'ordre qu'elle avait reçu de se séparer (le 23 juin 1789). On sait que ce fut dans cette occasion qu'il prononça ces mots devenus si célèbres : *Nous sommes aujourd'hui ce que nous étions hier; délibérons.*

Il contribua puissamment à consolider l'œuvre de la réorganisation de la France, en proposant et en faisant adopter la division du royeume en départements. Par là les liens historiques furent rompus et le principe de l'égalité remporta une victoire signalée. Sieyes n'avait pas l'intention d'aller plus loin ; il fut le défenseur de la monarchie constitutionnelle, se prononça pour le rachat et contre l'abolition des dîmes (3) demanda le jury en matière civile et criminelle, et, n'ayant pas réussi, se retira.

Il se tint à l'écart jusqu'à l'époque de la convention ; alors il apparut de nouveau sur la scène politique, vota pour la mort de Louis XVI, n'eut au surplus aucun danger à courir, négocia, en qualité d'ambassadeur français, avec la Prusse et l'Espagne, et lorsqu'étant rentré en France sous le directoire il la trouva tombant en ruines, il conçut le plan de consolider les avantages obtenus par la révolution au moyen d'un gouvernement militaire.

Pour réaliser ce projet il choisit Joubert et, après la mort de celui-ci, Napoléon. Après le 18 brumaire il vit cependant qu'il avait été déçu par ce dernier ; les temps de l'idéo-

(1) C'est-à-dire que devrait-il être ?
(2) Avec Mirabeau
(3) De là les mots : *Vous voulez être libres et vous ne savez pas être justes*

cratie étaient passés. Bonaparte était devenu seul maître de la France. Sieyes se retira de nouveau, reparut encore une fois dans les cent jours, vécut pendant 15 ans en exil à Bruxelles (1) et eut la satisfaction de voir en 1830 la réalisation de ses idées.

Sieyes voyait le véritable droit dans la nature de l'homme, qui, comme tel, lui donne des droits, notamment la liberté et l'égalité. Cette loi, vraie en théorie, pouvait selon lui devenir pratique du moment qu'elle obtiendrait la sanction du pouvoir. De là provint la question posée par Sieyes sur les *moyens d'exécution*. Il voulut toujours cependant un gouvernement fort, et l'ordre uni à la sûreté. Il chercha avec beaucoup d'habileté à introduire les théories de Rousseau dans la vie réelle, mais il se trouva ainsi toujours en avant de son époque, et mécontent de n'être pas compris. L'inflexibilité de son caractère mit obstacle à son influence, il ne l'ignora pas

Pour juger Sieyes il faut le considérer sous le rapport historique et non philosophique; car l'essentiel est de savoir quelles étaient ses théories, et non pas si elles étaient vraies, ou fausses Ce qu'il y a de remarquable en lui, c'est que, comme *Luther* et *Mélanchton*, il a exprimé les convictions de son temps d'une manière concise, qui pénétrait facilement dans les masses; ses convictions recevaient la vie avec la promptitude de l'éclair et prenaient un développement de forces qui a contribué à détruire la vieille France et à créer les institutions nouvelles.

Terminons cette revue par l'analyse d'un ouvrage qui a pour objet le tableau de l'histoire des sciences morales depuis le 16e jusqu'à la fin du 18e siècle. Nous voulons parler de l'histoire des doctrines morales et politiques des trois derniers siècles, publiée en 1836-37, par M. J. Matter, inspecteur général des études, correspondant de l'Institut. Pour remplir complétement le but d'une histoire des sciences morales et politiques il faut l'écrire en l'envisageant sous tous les aspects. D'un côté elle doit embrasser les systêmes de morale et les théories de droit naturel, d'une autre part elle doit indiquer les progrés des sciences administratives et surtout des sciences politiques. Ensuite elle doit montrer l'influence des systêmes sur

(1) C'est là que Gans le vit à un souper. V. ses Vues rétrospectives.

la constitution et la législation des peuples de l'Europe et de l'Amérique, de même que l'influence des théories sur les progrès du droit des gens. Ainsi conçue, cette histoire serait, à la vérité, d'une très-grande étendue, mais en même temps d'une très-haute importance, peu d'auteurs l'ont traitée d'une manière aussi large. On s'est emparé de l'une ou de l'autre partie isolément; c'est ainsi que nous avons une histoire de la morale, une histoire du droit naturel. Nous avons des ouvrages sur l'influence des principes philosophiques, sur les constitutions de la France et de l'Angleterre (celui de Heeren, p. ex.); on s'est même attaché à des périodes isolées de l'ensemble; c'est ainsi que récemment encore il vient de paraître un traité concernant l'influence des idées du 18e siècle sur les relations sociales et la législation du 19e.

Matter laisse de côté l'histoire de la morale et du droit naturel (1), il suppose ses lecteurs au courant de cette histoire. Il veut, avant tout, montrer l'influence des doctrines politiques sur le développement du droit international de l'Europe et sur les révolutions et la formation des constitutions des États les plus importants. Le caractère de l'ouvrage est celui d'une histoire philosophique des trois derniers siècles, qui a pour but de démontrer que le vrai progrès de l'humanité est le progrès moral. Les tempêtes formidables de sept révolutions successives témoignent de cette vérité, *que tout progrès politique, toute institution fondamentale, qui ne sort pas naturellement d'un progrès moral, loin d'être un progrès, est au contraire une aberration* (t. 1, p. 5)

L'histoire des sciences morales et politiques est divisée en six périodes, savoir : 1° depuis la renaissance des études classiques, jusqu'à la réformation (1453-1517); 2° depuis la réformation jusqu'à l'insurrection des Pays-Bas (1517-1565); 3° depuis cette époque jusqu'à la première révolution d'Angleterre (1565-1641); 4° depuis cette première révolution jusqu'à la deuxième qui eut lieu dans le même pays (1641-1688); 5° depuis lors jusqu'à l'émancipation de l'Amérique du Nord (1688-1763); 6° depuis la révolution de l'Amérique jusqu'à Napoléon (1763-1799).

(1) Pour ce motif, le cours du droit naturel par Jouffroy pourrait servir de complément à l'ouvrage de Matter

Dans la première période, et c'en est le seul événement marquant, la philosophie se sépare de la religion, l'État de l'Église. Deux hommes produisent cette séparation, Pomponazzi et Machiavel. Mais l'influence du dernier est beaucoup plus puissante. Matter fait dater de la conquête de Constantinople en 1453, le grand mouvement intellectuel. C'est par les fugitifs de cette ville que ce mouvement a reçu sa principale impulsion.

La seconde période commence par une insurrection religieuse, qui, grandissant bientôt, devient une révolution complète et amène les plus grands bouleversements politiques. (Tom. I, p. 119.) La transition de la guerre religieuse à la guerre politique a été prompte et naturelle, parce que le pouvoir des princes avait été considérablement élargi par les doctrines et les idées de l'époque qui venait de finir. C'est au moyen du machiavélisme que Rome combattit la liberté religieuse à sa naissance. (P. 123.) Mais l'esprit philosophique, qui plus tard entra en lice, grandit au milieu de la confusion. Bacon est né dans cette période. (P. 126.) Dans le second chapitre de ce livre l'auteur caractérise la marche de la réformation. Dans le 3e il fait voir la puissance séculière forcée de la reconnaître, et dans le 4e chapitre il montre quelle en a été l'influence sur le peuple et en particulier sur les classes inférieures. L'histoire de la réformation en Allemagne et en Angleterre, sous Henri VIII, est racontée dans tous ses détails. Le 7e chapitre contient la revue des théories morales et politiques suivies dans les écoles, dans les livres, sur la scène, par la classe moyenne et par les publicistes (1). Le 8e chapitre traite des doctrines qui dominaient vers la fin de cette période; il renferme l'instruction de Charles-Quint à son fils Philippe II, et s'occupe de la réaction amenée notamment par le concile de Trente, et par l'inquisition.

La troisième période recueille les fruits semés dans la seconde : Le principe de la liberté religieuse, poussé jusqu'au fanatisme, combat dans les rangs du peuple le pouvoir des princes, dégénéré en absolutisme. Dans toute l'Europe les deux partis se trouvent en présence; de là des guerres inter-

(1) Quant à ces derniers l'auteur cite le livre du conseiller La Boëtie à Bordeaux, *De la servitude volontaire*, livre très remarquable pour son temps (1546), et dont il donne plusieurs extraits.

minables au dedans et au dehors de chaque pays. La scène sanglante des combats s'ouvre dans les Pays-Bas, parce que là l'antagonisme entre les vieilles libertés de ces provinces et l'obstination de Philippe II était le plus prononcé. La France, l'Allemagne et l'Angleterre sont bientôt embrasées du même feu. L'épuisement des nations met enfin un terme à ces luttes qui en 1648 finissent par des transactions. Alors la guerre de principes prend un autre caractère, la politique conquérante adoptée par plusieurs gouvernements lui donne une autre direction. Pendant ces orages une voix seule ne peut se faire entendre, c'est celle de la moralité, de la science. Bodin, Bacon, Descartes même passent presque inaperçus de leurs contemporains. Ce sont là cependant les lumières du progrès philosophique comme Shakspeare et Corneille sont les chefs du progrès littéraire.

On ne peut lire, sans un vif intérêt, l'exposé philosophique des guerres de religion, depuis le 2e jusqu'au 5e chapitre de ce livre. Le dernier chapitre développe les opinions dominantes de cette époque dans les écoles et dans les livres. Ce tableau est parfait, surtout en ce qui concerne l'Angleterre. La plus grande partie des chapitres de la période suivante est également consacrée à l'histoire de ce pays (t. II. p. 147–268). L'auteur raconte d'une manière très-détaillée comment le contre-coup des événements de ce pays s'est fait sentir dans tout le reste de l'Europe (p. 268-330). Les pages 332–385 contiennent le portrait de Louis XIV et l'appréciation de son influence. Le 7e chapitre résume le tableau des doctrines alors en faveur.

Milton, Hutcheson, Saumaise, Naudé, Hobbes, Filmer, Cudworth, Descartes, Grotius, ainsi que les hommes éminents de l'Église française, tels que Pascal, Bourdaloue, Fléchier et Bossuet font leur entrée sur la scène de l'histoire. La cinquième période de 1688 jusqu'à 1763 a une marche plus paisible. Les orages se taisent : la révolution anglaise de 1688 n'exerce aucune influence sur le continent. Les guerres ne sont plus des guerres de principes, mais des guerres de souverains, excitées par la politique conquérante du cabinet français. La réforme ou l'agrandissement de quelques États est l'œuvre de quelques hommes distingués tels que Pierre le Grand, Frédéric II, le chancelier d'Aguesseau Mais pendant ce temps la philosophie pousse de profondes racines ; l'esprit

de recherche étend son pouvoir sur tous les peuples civilisés de l'Europe, et prépare la grande réforme de la vie publique et privée qui termine le 18e siècle. Matter nous donne un tableau très-concis de ces crises philosophiques depuis Locke jusqu'à Rousseau. Tous les acteurs du grand drame en Angleterre, en France et en Allemagne, paraissent tour à tour sur la scène (t. III, p. 96-210).

Les pages 211 à 268 contiennent l'histoire de l'insurrection de l'Amérique, les pages 268 à 313 montrent le contre-coup de cet événement et l'influence des idées philosophiques sur l'Europe. La dernière période qui précède 1789 est remarquable : le progrès des intérêts intellectuels, moraux et matériels avance partout lentement, mais visiblement. L'auteur indique aux pages 314-374 les opinions qui divisaient alors les esprits. Là se termine l'histoire proprement dite; car le dernier chapitre, sorte de conclusion et de revue générale de l'état des doctrines de 1789 à 1830 ne fait qu'effleurer cette dernière et importante période.

Le mérite connu de l'auteur nous dispense de toute critique. Tout son livre est traité avec savoir et avec goût; seulement on regrette qu'il ait omis ou du moins abrégé l'exposé des doctrines elles-mêmes, qui ont exercé leur influence sur la réorganisation de l'état social en Europe. Le livre de M. Matter ne restera sans doute pas le seul sur un sujet qui intéresse à un si haut degré, mais de quelque talent que soit doué celui qui dirigera ses études vers le même but, il n'hésitera pas à reconnaître les services éminents rendus à la science par l'auteur dont nous venons de nous occuper.

WARNKŒNIG.

(*Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung.*)

RÉFLEXIONS ET RECHERCHES

SUR LE SERMENT JUDICIAIRE.

Une des solennités les plus imposantes de la vie civile et politique est sans contredit le serment, c'est-à-dire une promesse ou une affirmation, faites en prenant la Divinité à témoin de la bonne foi et de la sincérité de celui qui promet ou qui affirme.

Dans tous les temps et dans presque toutes les législations, et surtout en France, on a accordé une confiance singulière au serment.

Dans l'ordre politique, on l'a exigé de tous les dépositaires de l'autorité publique : pairs, députés, généraux, magistrats, administrateurs, instituteurs, avocats, officiers ministériels, percepteurs et jusqu'à de simples gardes champêtres ou forestiers, tous ont été soumis au serment, soit lors de leur entrée en fonctions, soit lors des divers changements de régime opérés par des révolutions (serment de fidélité).

Dans l'ordre judiciaire, le serment a été considéré comme un des moyens les plus efficaces, soit pour arriver à la découverte de la vérité lorsque des faits étaient déniés, soit pour établir des droits quand ils étaient méconnus.

Ainsi, on l'a exigé des témoins, des experts, des interprètes (1) appelés à éclairer la justice par des récits, des opérations, des traductions (serment promissoire).

Ainsi, on a permis au juge de s'en servir, soit comme complément d'une preuve insuffisante (serment (2) supplétoire),

(1) Lois 3 et 16, Code de *Testibus*, arrêt du parlement d'Aix, du 24 janv. 1685, dans Boniface, part 3, liv. 1, ch. 4, édit. de 1708, t. 2, p 272, ordonn. de 1667, tit. 22, art. 14 ; ordonn. de 1670, tit. 3, art 1 (avec les observations de Bornier) ; tit. 6, art 5, Code de procédure, art. 262, 305, Code d'instruction crimin., art. 75, 155, 317, 332

(2) Pothier, Traité des obligations, n° 831.

soit comme tenant tout à fait lieu d'une preuve (serment déféré d'office, et serment (1) en plaid)..., ou bien on lui a prescrit de l'admettre comme une preuve complète et décisive (2), lorsqu'il était déféré par une des parties, ou référé par son adversaire (serment décisoire).

D'anciens législateurs sont allés plus loin : ils ont exigé que le serment accompagnât les simples conventions des particuliers pour qu'elles fussent obligatoires (3).

Mais du moins cette règle n'était suivie que dans quelques provinces (le Hainaut, la Franche-Comté, la Bretagne), tandis que des lois générales pour la France y soumirent, d'une part, le plaideur interrogé en matière civile (*ordonnance de* 1667, *tit.* x, *art.* 7), le plaçant ainsi entre sa conscience et ses intérêts temporels (4); et, de l'autre, l'accusé, le fût-il d'un crime emportant une peine capitale. En vain lorsqu'on discuta le projet de loi où se trouvait cette règle si étrange (*ordonnance de* 1670, *tit.* xiv, *art.* 7), l'illustre premier président de Lamoignon observa-t-il que rien de semblable n'existait dans la plupart des États européens; que l'usage s'en était introduit chez nous à l'exemple de la procédure barbare de l'Inquisition; que, selon beaucoup de théologiens, un homme pouvait, sans scrupule, manquer à son serment lorsqu'un aveu l'exposait à une condamnation à mort.... La règle fut maintenue (5); il n'a pas moins fallu qu'une grande révo-

(1) Code civil, art. 1366 à 1369.

(2) D'après une loi romaine (L. 2, *Dig. de jurejur.*), il a même plus d'autorité que la chose jugée, c'est-à-dire que le titre le plus solide, le plus irréfragable des droits des particuliers, c'est que le mineur était restituable contre la chose jugée, et ne l'était pas contre le serment (L. 4, C. *Si adversus rem*; L. 3, C. *Si minor se majorem*).

(3) Chartes générales du Hainaut, ch. 110, art. 1 et 2, édition de 1666, in-4°, p. 332, 333; La Bigotière, sur la coutume de Bretagne, art. 408, édition de 1702, p. 621; édit de novembre 1703, dans le recueil des édits enregistrés à Besançon, édition de 1778, t. 6, p. 280 (il prohibe ces serments).

Jusqu'au milieu du XIVe siècle, les juges ecclésiastiques de Bretagne, avant d'admettre les parties à plaider, leur faisaient jurer de s'en tenir au jugement qu'ils allaient rendre (V. Lobineau, Histoire de Bretagne, 1707, t. 1, p. 307.)

(4) Le projet primitif de l'ordonnance ne permettait l'interrogatoire que sur des faits communiqués, sur quoi Lamoignon proposa de supprimer l'interrogatoire même, parce qu'ainsi réduit, il ne servirait à rien et causerait beaucoup de parjures; mais comme il émit le vœu qu'on permît au juge de questionner sur des faits non communiqués, on adopta cette proposition, et il ne fut plus question de la remarque relative au serment (*Procès-verbal des conférences sur l'ordonn. de* 1667, page 814.)

(5) Pussort convint qu'elle n'était fondée que sur un usage, et néanmoins répondit, mais très-faiblement, à Lamoignon, dont l'avis fut ensuite combattu, mais plus

lution pour la faire abroger (*loi du 3 novembre* 1789), et celle du serment de l'interrogé en matière civile a été encore plus vivace, quoique Lamoignon eût observé qu'elle causerait beaucoup de parjures (1); elle n'a été abrogée que dix-huit ans après la première, en 1807 (2).

Ce coup d'œil rapide prouve suffisamment la confiance au serment dont nous avons parlé, et néanmoins plusieurs faits annoncent que dans les lois et leur application l'on ne s'y abandonnait pas toujours sans réserve, et bien loin de là. Citons-en quelques-uns.

En premier lieu, on prescrit de prêter le serment en personne, et l'on défend ainsi de jurer par l'entremise d'un procureur spécial (3), craignant sans doute que, par des distinctions subtiles, la partie intéressée ne regarde pas sa conscience engagée par les déclarations de son mandataire.

En second lieu, on fait renouveler le serment dans des circonstances où cela paraît peu utile.

Par exemple, quoique, à leur réception, les avocats aient prêté un serment qui les engage pour tout le temps où ils seront attachés au barreau, on le leur fait réitérer chaque année à l'audience solennelle de rentrée des cours de justice. A Paris, il est vrai, les membres de leur conseil de discipline, par une assez grande singularité, le prêtent au nom de leurs confrères, mais ailleurs, aucun n'en est dispensé; et nous avons vu un parlement soumettre les avocats, alors absents pour cause légitime (4), à faire ensuite des visites aux magistrats et à prêter le serment dans une audience ordinaire.

Il en est de même des jurés. A chaque cause où le sort les appelle, semblable répétition d'un serment dont la formule

à l'aide d'assertions que de preuves, par l'avocat général Talon. Le chancelier ferma la discussion en disant qu'il fallait en parler au roi, ce qui signifiait toujours, dans ces conférences, que le projet serait maintenu (*Procès-verbal, etc., de* 1670, p. 162 *et suiv.*)

(1) Voir note 4, page 244.

(2) Par le Code de procédure civile, art. 333.

(3) Arrêts des parlements ou chambres de Dijon, de Rennes, de Paris et de Castres, de 1561, 1584 et 1635, dans Dufail, Mémoires et arrêts, édit. de 1737, liv. 1er, ch. 619, p. 518; Despeisses, Ordre judiciaire, tit. 10, sect. 4, art. 2, n° 1, dans ses œuvres, édition de 1664, tom. II, p. 534; Code de procédure, art. 121, etc.

(4) Le parlement de Grenoble.... Les avocats et procureurs y défilaient devant les magistrats assis sur des banquettes fleurdelisées fort élevées. En passant, ils mettaient la main sur l'Évangile, que tenait le premier président. En descendant l'escalier de ces banquettes, ils proclamaient à haute voix leur nom, qu'écrivait un commis greffier.

est la même pour toutes, comme si dans l'espace de quelques heures pendant lequel ils peuvent être juges du fait de deux ou trois causes, ils pouvaient avoir oublié l'engagement contracté pour la première!... En Angleterre, du moins, se contente-t on d'un seul serment pour toutes les causes jugées dans la même vacation (1).

En troisième lieu, on a souvent et longtemps entouré le serment de formes propres, on le croyait du moins, à lui donner beaucoup plus de force que la simple invocation à l'Être suprême.

Nous ne parlerons point des formes qui lui sont à peu près étrangères, comme le serment par la tête du monarque (2), par la tête de celui qui jure, par ses enfants, par ses armes, son tombeau, sa poitrine, ses dents, sa langue, ses cheveux (3), son cor de chasse, son fouet et ses chiens (4); nous passerons à celles où l'on s'adressait directement ou indirectement à la Divinité.

Nous citerons d'abord les serments sur les reliques (5), par exemple le serment sur le bois de la vraie croix (6), le serment sur les corps de saint Denis, de saint Martin, de saint Germain (7); le serment sur le bras de saint Antoine... Cette dernière espèce de serment était surtout en grande vénération dans le midi de la France au seizième siècle, et la dispense d'y être assujettis parut aux protestants un avantage assez considérable pour la réclamer d'une manière expresse lors des édits ou traités de pacification qui suivirent les premières guerres civiles (8).

Quant au bois de la vraie croix, le consciencieux, le scrupuleux Louis XI, n'accordait pas facilement de l'autorité à

(1) Cottu, De l'administration de la justice criminelle en Angleterre, 1820, p. 78 et 79.

(2) Anne Robert, *Rerum judicatarum*, lib. 1, c. 11, édit. de 1611, f. 78.

(3) Voir pour ces serments, Ducange, édit. de 1733, tom. III, mot *Juramentum*, Brillon, édit. de 1727, tom. III, p. 979, mot Jurement.

(4) C'était le serment d'un officier des anciens rois de Galles (Mangourit, Voyage fait en Hanovre, en 1803, page 277.)

(5) Voy. Ducange, *supra*, id., p. 1598, 1607, 1610.

(6) Voy. Ducange, *suprà*, id., p. 1607; Robert, Bevin et Ménage, cités ci-après, p. 317, notes 1 et 2.

(7) Daniel, Histoire de France, tome I, p. 409, an 754, édit. de 1713, in-folio.

(8) Nemo cogeretur in judicio tacto sancti Antonii, quod Burdegalæ summè religiosum habetur, brachio, jurare. *De Thou*, *lib.* 37, édit. de 1620, tom. II, page 320.

tous les fragments qu'on en présente à la vénération des fidèles ; c'était surtout la croix de l'église de Saint-Lô qui obtenait son suffrage (1). Nous avons les procès-verbaux de trois serments prêtés successivement en 1477, en présence de divers officiers publics, par son gendre, le sire de Beaujeu, par le seigneur de la Guiche et par l'évêque de Mende. Ils juraient d'avertir le roi des entreprises de ses ennemis et de le servir contre eux, et, déclara à haute voix, l'évêque prosterné, nu-tête, et touchant la précieuse relique placée sur un carreau de soie auprès du grand autel « Et, en cas que » je fasse le contraire, la punition que faict ladicte vraie » croix me puisse arriver (2). »

Nous indiquerons ensuite les serments sur le *te igitur*, c'est-à-dire le canon de la messe, sur la croix du missel (3), sur le corpus christi, ou en présence du corpus christi (4), en observant que, vers la fin du seizième siècle, ils furent abandonnés et même défendus, ainsi que les serments sur les reliques (5), ce qui s'explique facilement pour ces derniers, parce que plusieurs écrivains chrétiens avaient déjà contesté l'authenticité de certaines reliques, et que leurs objections recevaient un grand poids de la circonstance que souvent les mêmes reliques se trouvaient dans plusieurs églises, dont les chefs soutenaient tous posséder les véritables.

Mais de toutes les formes propres à donner plus de force au serment, les plus imposantes sont, sans contredit, celles des juifs, et nous devons d'autant mieux les rapporter, qu'elles sont encore usitées aujourd'hui. Voici un extrait du procès-verbal d'un serment prêté en 1812, devant un président de

(1) Robert, *suprà*, f. 74, Hevin sur Frain, ch. 112, édition de 1684, page 688.

(2) Ménage, Remarques sur la vie de Guillaume Ménage, à la suite de celle de Pierre Ayrault, 1675, page 387. — Voir d'autres exemples de serments sur la croix de Saint-Lô, dont l'on fut demandé au roi lui-même, en 1472, dans Lobineau, Histoire de Bretagne, t. I, p. 723 et 724.

(3) Ducange, *suprà*, p. 1007; La Roche-Flavin, liv. 5, lettre S, tit. 11, art. 7, édit. de 1688, pag. 318; Papon, livre 9, titre 6, n° 24, édit. de 1608, p. 540; Robert, *suprà*, f. 70; Despeisses, *supra*, art. 2, n° 8, page 535.

On nommait *te igitur* le canon de la messe, sans doute parce qu'il commence par ces mots.

(4) Dufail, *supra*, liv. 2, ch. 117, p. 173; Frain et Hévin, *suprà*, p. 686, 688; Ducange, *supra*, p. 1015; Lobineau, Histoire de Bretagne, t. 1, 380.

(5) Arrêts de 1556, 1582, 1585 et 1638, dans Dufail, *suprà*, liv. 1, chap. 14, p. 14; Bergeron, note sur Papon, *supra*, p. 535; Robert, *suprà*, f. 70 et 78; Despeisses, *supra*, n° 8, p. 535; Imbert, Pratique judiciaire, avec les notes de Guenois et d'Automne, édit. de 1612, p. 321; Hevin, *suprà*, p. 688.

la cour de Colmar (1), en exécution d'un arrêt qui condamnait un Alsacien à payer 2,400 francs à un juif, à la charge par celui-ci de jurer qu'il n'avait pas retenu une partie des espèces.

La cérémonie se fit dans la synagogue de Wintzenheim (Haut-Rhin). Les parties s'y présentèrent. Le créancier était costumé comme un juif doit l'être lorsqu'il fait sa prière, savoir : le front et le bras gauche ceints d'une courroie, la tête couverte d'un voile, le corps revêtu du manteau légal. Le rabbin fit apporter avec pompe le COSCHER-SEPHER-THORA, ou livre de la loi, écrit sur un rouleau de parchemin, enveloppé de soie et orné de plaques d'argent, et le plaça sur une estrade. Il lut à deux reprises le verset : *Tu ne prendras pas le nom de Dieu en vain*, et expliqua au créancier le serment et les malédictions qu'encourent les parjures (2). Alors le créancier, étendant la main droite sur le verset, prêta à haute voix, le serment en ces termes :

« ADONAÏ, créateur du ciel, de la terre et de toutes choses,
» qui es aussi le mien et celui de tous les hommes présents ici,
» je t'invoque par ton nom sacré, en ce moment où il s'agit
» de dire la vérité, et je jure par lui de dire la pure vérité. Je
» jure en conséquence que, lors de l'obligation du 30 janvier
» 1810, après la délivrance des 2,400 francs et stipules, je
» n'ai point retiré de l'emprunteur 800 francs. Je te prie
» donc, ADONAÏ, de m'aider et confirmer cette vérité. Mais
» dans le cas où en ceci j'emploierais quelque fraude, en
» cachant la vérité, que je sois éternellement maudit, dévoré
» et anéanti par le feu dont Sodome et Gomorrhe périrent,
» et accablé de toutes les malédictions écrites dans le *Thora*,
» et que l'Éternel qui a créée les feuilles, les herbes et toutes
» choses, ne vienne jamais à mon assistance dans aucune de
» mes affaires ni de mes peines; mais si je dis vrai et agis
» bien, qu'ADONAÏ me soit en aide. »

Les faits précédents suffisent sans doute pour prouver que,

(1) Jurisprudence du Code Napoléon, tome XIX, p. 380.

(2) D'après ces formes préliminaires, la présence d'un rabbin est, on le conçoit, essentielle à la validité du serment d'un juif. Quel parti prendre si le rabbin du plaideur refuse d'y présider ? On n'aura d'autre ressource que l'appel comme d'abus au conseil d'État, qui, en cas d'abus, pourra déléguer, pour la cérémonie, un autre rabbin. *Voir* arrêt de la Cour royale de Metz, du 5 janvier 1827, Journal des avoués, tom. XXXII, p. 352.

comme nous l'avons dit, la confiance des législateurs dans l'effet du serment, était loin d'être sans limites. Nous pourrions en ajouter d'autres qui annonceraient même une grande méfiance. Tel serait surtout pour les législateurs modernes leur espèce de prodigalité du serment politique. Ce serment a, en effet, dans un assez court intervalle de temps, été soumis à un si grand nombre de variations (1), que son autorité a dû en être fort affaiblie auprès de bien des personnes, et qui aurait dû amener les législateurs à attacher moins d'importance au serment purement civil, à cause de la similitude de leurs formes.

Bien loin de là, quoique, lors de la confection du code d'instruction criminelle, en 1808 (2), on eût déjà l'expérience d'un assez bon nombre de ces variations, on sembla avoir repris une nouvelle confiance dans les effets du serment. Il suffit d'en citer un exemple.

Le code qu'on allait remplacer et qui était en vigueur depuis treize ans (3), ou le code de brumaire an IV (25 octobre 1795), se bornait à exiger des jurés et des témoins une simple promesse, savoir : pour les jurés, de bien remplir leurs fonctions, et pour les témoins (4), de parler sans haine et sans

(1) Voici les espèces de serments politiques modernes que nous avons recueillis, et probablement notre liste est incomplète.
Fidélité au roi (serment de 1789);
— à la nation, à la loi et au roi (décr. du 4 février 1790);
— à la liberté, à l'égalité (décrets des 14 et 15 août 1792);
— à la république (décr. 27 septembre 1792);
— à la république et à la constitution de l'an III (loi du 12 thermidor an VII);
Haine à la royauté (décret 23 nivôse an IV);
— à l'anarchie (loi du 24 nivôse an V);
Fidélité à la constitution de l'an VIII (loi du 21 nivôse an VIII);
Obéissance aux constitutions de l'empire et fidélité à l'empereur (sénatus-cons. du 28 floréal an XII, art. 156);
Fidélité au roi, et observation des lois, ordonnances et règlements, en se conformant à la charte de 1814 (ordonn. des 15 et 27 février (art. 4) et 3 mars 1815, art. 5);
Obéissance aux constitutions de l'empire et fidélité à l'empereur (décret du 8 avril 1815, art. 1er);
Fidélité au roi, et observation des lois, ordonnances et règlements, en se conformant à la Charte de 1814 (ordonnance du 18 septembre 1815, art. 4);
Fidélité au roi des Français et obéissance à la Charte constitutionnelle et aux lois du royaume (Loi du 31 août 1830, art. 1er). — Voir aussi Commentaire sur la Charte, par Félix Berriat Saint-Prix, 1836, p. 258.
(2) Il fut promulgué en novembre et en décembre 1808, mais seulement mis en activité dans le courant de 1811. *Voir* notre Cours de droit criminel, 4e édition (1836), p. 53, note 10.
(3) Il l'a été pendant plus de quinze ans. Voir la note précédente.
(4) Code de brumaire, art. 343, 350. — La promesse exigée des jurés par cet article 343, se rapporte, à très-peu près, à ce que leur fait jurer le Code criminel actuel

crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité. Le mot *promesse* parut sans doute trop faible; on ajouta, pour les premiers, le mot *jurer* au mot promettre; et pour les seconds, on substitua le mot *serment* au mot promesse; et la forme fut prescrite pour tous sous une peine que ne prononçait point le code de brumaire, la peine de nullité (code crim., art. 312, 316). Nous disons *parut sans doute trop faible*, parce qu'on n'a donné aucun motif de ces changements divers (1).

Quoi qu'il en soit, ils furent accueillis par un tribunal qu'on ne saurait citer sans éloges, et auquel nous ne croyons pas qu'on puisse en comparer aucun autre dans les temps anciens ou modernes, la cour de cassation (2). En 1811, 1812 et 1813, elle annula six arrêts de condamnation (3), parce que des témoins, même de simples témoins à décharge, au lieu de *jurer*, avaient simplement *promis* de parler sans haine, sans crainte, etc.

Bien plus, ayant pour système de forcer les tribunaux à se renfermer dans l'application la plus stricte de la loi, elle jugea bientôt et elle juge encore aujourd'hui que les formes de la procédure d'assises non constatées dans le procès-verbal qu'en tient à chaque séance le greffier et qui est signé de lui et du président, seraient réputées omises (4). Or, le serment des témoins est au nombre de ces formes, d'où l'on pressent l'annulation d'un grand nombre de procédures. Comment, en effet, à la suite de séances si longues, si compliquées, si pénibles, se promettre que ces deux officiers ne commettront jamais d'inadvertance (5)? Un seul mot de la formule du ser-

(1) Les art. 319 à 318 et 155 à 158, dit M. Locré (t. XXV, p. 302 à 304 et p. 268), n'ont donné lieu à aucune observation au conseil d'État. Nous n'en avons point trouvé non plus (*ib.*, p. 562 et 303) dans l'exposé des motifs, ni dans le rapport de l'orateur du tribunal.

(2) Voir ce que nous en disons dans la note 5 de l'avis préliminaire de chacune des éditions du Cours de droit criminel déjà cité.

(3) Arrêts de cassation des 26 décembre 1811, 10 janvier, 9 avril et 4 juin 1812 et 23 avril 1813. (*Voir* à ces dates, le Bulletin officiel des arrêts de cassation, partie criminelle.)

(4) Voir même Cours de droit criminel, 4e édition, p. 193, note 60, n° 3, et p. 177, note 41, n° 2.

(5) On n'est sans doute pas exposé à autant d'inadvertances dans le récit des séances des tribunaux de police; mais vu le peu d'importance des infractions dont ils connaissent, on n'avait pas, ce nous semble, les mêmes raisons d'exiger que les formes de leurs procédures fussent aussi rigoureusement constatées que celles des assises, et néanmoins la cour de cassation décide encore que, lorsque la formule du serment des témoins n'est pas toute rappelée, ou dans les notes du greffier, ou dans le jugement du tribunal de police, elle est réputée n'avoir pas été régulièrement suivie, ce qui entraîne la nullité du jugement. (*Voir même édition*, p. 141, note 19, n° 4.)

ment omis dans le procès-verbal, ou bien tracé par surcharge ou par interlignes sans leur approbation expresse, par exemple, le mot *toute* qui doit précéder les mots *la vérité*, omis, ou surchargé, ou interligné dans le procès-verbal d'une seule déposition, peut-être insignifiante, a suffi pour faire annuler une condamnation (1) fondée sur un grand nombre de dépositions dont le serment était régulièrement constaté.

On pressent aussi les conséquences d'une semblable méthode : frais énormes pour le trésor public, et ce qui est peut-être non moins fâcheux, danger de voir dépérir les preuves par la mort, les maladies, les voyages, la subornation des témoins qui peuvent survenir ou être effectuées pendant l'intervalle toujours fort long qui sépare la première condamnation, de la nouvelle session d'assises a laquelle l'affaire est renvoyée (2).

On peut néanmoins la justifier jusqu'à un certain point, par cette considération que les dépositions faites aux assises n'étant point recueillies par écrit comme en matière civile, on ne peut légalement savoir si la déposition réputée irrégulière, était ou non de quelque importance pour la condamnation.

Mais cette considération nous semble tout à fait inapplicable aux dépositions des témoins à décharge. Assurément les accusés ne sont pas assez insensés pour en produire dont les déclarations tendraient à constater leur culpabilité ; elles ne sauraient donc influer sur la condamnation. Par malheur, la loi s'exprime en termes généraux. Les témoins, dit-elle, (code d'instruction criminelle, article 317), prêteront serment, etc.; dans son rigorisme, la cour suprême n'a vu là aucune exception pour les témoins à décharge (3), et pour

(1) Voir même édition, p. 177, note 41.

C'est encore ce que la cour suprême vient de décider le 7 décembre dernier (1837), en cassant un jugement du tribunal d'Alger. (Même bulletin criminel.)

Et néanmoins, un des plus savants criminalistes modernes, Le Graverend (Traité de législat. criminelle, édit. de 1816, t. 1, p. 250) soutient qu'on pourrait contester la doctrine relative à l'omission du mot *toute*, parce que celui qui jure de dire la vérité, a engagé par là même à la dire tout entière.

(2) On en verra un exemple p. 252 et note 3, *ibid.*

(3) Elle ne regarde pas cependant le mot *témoin*, lorsqu'il est employé seul dans la loi, comme désignant toujours les témoins à décharge aussi bien que les témoins à charge. En effet, selon sa jurisprudence (voir Cours de droit crim. déjà cité, p. 174, note 36, n° 1), la cour d'assises peut refuser de renvoyer une affaire à une autre session, lorsque, avant l'ouverture des débats, on a aperçu de l'absence d'un témoin à décharge, quoique le code, en autorisant (art. 354) le renvoi en pareil cas, parle de l'absence d'un *témoin* en général, sans ajouter les mots *à charge*.

être conséquente, elle fut forcée d'appliquer sa règle dans un procès relatif à un crime horrible, à l'assassinat du malheureux Fualdès. Trois cent vingt témoins y avaient déposé (1), et sur les lieux mêmes de cet épouvantable forfait. La procédure était régulière, mais le procès-verbal ne constatait point le serment de plusieurs témoins à décharge. L'arrêt de condamnation fut cassé (2); il fallut tout recommencer dans un autre département, et l'on eut encore besoin de huit mois pour terminer le procès (3). Le résultat, il est vrai, n'en fut pas en faveur des coupables (4), mais dans d'autres circonstances ils ont été plus heureux.

Quel que soit le scrupule de la cour suprême dans l'application stricte de la loi, on ne saurait s'empêcher de penser que la persuasion où étaient ses magistrats de l'extrême confiance des législateurs modernes dans le serment, n'ait pu influer sur de semblables décisions (5).

(1) 243 témoins à charge et 77 à décharge, non compris plusieurs autres témoins entendus sans serment, en vertu du pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises. (*Voir* les journaux de septembre 1817.)

(2) Arrêt de la cour d'assises de Rhodes (Aveyron), du 12 septembre 1817, cassé le 9 octobre suivant. — Il n'y avait pas d'autre moyen de cassation (même Bulletin criminel), et, comme nous le ferons remarquer dans une de nos dernières notes, il y avait peu de vraisemblance que le serment de ces témoins eût en effet été omis.

(3) Le procès fut porté à la cour d'assises d'Albi (Tarn) et jugé par elle, le 4 mai 1818. Le pourvoi des condamnés contre son arrêt fut rejeté dès le 30 du même mois (Bulletin criminel de cassation), et l'arrêt de rejet expédié sur-le-champ et envoyé par *estafette*, de sorte que l'exécution pût en avoir lieu dès le 3 juin (Moniteur de 1818, p. 714). On ne manqua pas, on le voit, de diligence dans cette affaire, et cependant l'assassinat remontait à quatorze mois (18 mars 1817), et sans le premier arrêt de cassation, elle eût été terminée dans la moitié moins de temps.

(4) On trouve des détails infiniment curieux sur cette horrible affaire, dans la Biographie des contemporains, par MM. Rabbe, Bois-Jolin et Sainte-Preuve, article Clémandot (l'auteur prétend qu'on n'a pas puni, ni peut-être même voulu poursuivre tous les coupables.)

(5) En voici d'autres sur lesquels il est permis de penser que la même persuasion aura pu exercer de l'influence.

I. Le Code criminel de 1808 (art. 79) dispense de la prestation du serment les mineurs de quinze ans appelés à fournir des renseignements au juge instructeur, lorsqu'il fait les procédures relatives à la recherche des crimes ou délits, mais il ne renouvelle pas en termes exprès cette dispense pour la procédure des assises. La cour de cassation induisit de ce silence que la loi soumettait ces mineurs à prêter serment aux assises, et en conséquence elle annula, les 17 et 20 février et 13 mars 1812, trois arrêts où l'on n'avait pas exigé cette prestation de quelques témoins, même à décharge, âgés de moins de quinze années (*Voir notre Cours de droit criminel, 4e édit., p. 132, note 16, no 2.*) Ce ne fut qu'au bout de plusieurs mois (3 décembre 1812), et après une réunion de ses chambres, qu'elle abandonna cette interprétation (*Voir même no 2.*)

II. Quoique la solennité de la prestation de serment soit prescrite surtout dans l'intérêt des parties, la cour de cassation décide qu'elles n'ont pas le droit d'y renoncer, c'est-à-dire d'en affranchir les individus qui y sont soumis. Ainsi, deux jugements

Cette confiance, d'après ce que nous avons dit, est sans doute fondée sur une opinion très-ancienne et très-répandue, opinion fondée peut-être elle-même sur cette fidélité inébranlable des Romains au serment qui a excité l'admiration de Montesquieu (1); et néanmoins on aurait pu opposer à cette confiance, des faits et des opinions bien propres à l'ébranler.

Et d'abord, la pratique de l'Etat du monde, et le plus peuplé, et le plus anciennement civilisé. A la Chine, on ne connaît point le serment judiciaire, comme nous l'a attesté le membre de l'Institut qui a le plus approfondi la littérature, la législation, les mœurs de l'empire céleste (2). Et toutefois, si l'usage de cette solennité pouvait être utile, est-il possible, que pendant quarante siècles de civilisation de cent, deux cents, trois cents millions d'individus (3), il ne se fût point présenté, soit au gouvernement, soit aux tribunaux, de circonstance où ils eussent été portés à l'introduire dans les lois ou les jugements?

Passons à des peuples plus rapprochés de nous.

Dans deux sectes chrétiennes modernes, l'usage du serment n'est pas seulement inconnu, il est encore prohibé. Chacun a déjà nommé les quakers et les anabaptistes (4), et personne

de police par lesquels des individus, accusés d'avoir altéré des boissons, avaient été absous sur le rapport d'un expert dont il résultait qu'il n'y avait pas d'altération, furent cassés, les 27 novembre et 27 décembre 1828, parce que cet expert avait fait ses opérations sans prestation de serment, quoiqu'il en eût été dispensé sur le consentement libre et formel, et du ministère public, et des prévenus de l'altération. (*Voir même 4e édit., p. 141, note 10, n° 5, et ces deux arrêts au Bulletin criminel.*)

(1) Esprit des lois, liv. VIII, chap. 13 — « Le serment, dit-il, eut tant de force chez ce peuple, que rien ne l'attacha plus aux lois. Il fit bien des fois, pour l'observer, ce qu'il n'aurait jamais fait pour la gloire ni pour la patrie. » (Il en cite plusieurs exemples.)

(2) M. Stanislas Julien, de l'Académie des inscriptions.

(3) M. Eyriès (Voyage pittoresque en Asie, 1837, p. 190) évalue la population de la Chine à 146 millions d'habitans, le père Amyot, à 150 (Dictionnaire géographique universel, édition de Kilian, 1825, tom. II, p. 778, art. Chine, de feu Abel Rémusat), Malte-Brun, à 155 (Traité élémentaire de Géographie, 1831, t. II, p. 129), le père Hallerstein, à 198 (Rémusat, même page 778), M. Edouard Biot, à 250 (Journal des Savants, 1838, p. 270), lord Macartney, à 333 (Voyage, traduction, tom. IV, p. 209, et Rémusat, même page 778), l'almanach impérial de la Chine, à 360 (même page 270 du Journal des Savants). M. Julien penche pour la dernière évaluation.

(4) Pour les quakers, voir ce que nous allons exposer au texte. A l'égard des anabaptistes, il y en avait un petit nombre en Alsace, sur la fin du règne de Louis XIV. Ce monarque ordonna, en 1712, de les expulser de France. L'ordre fut sans doute mal exécuté, car, en 1728, Louis XV décida que ces sectaires seraient tolérés, mais sous la condition que leur nombre ne pourrait s'accroître. Quoique dans une semblable position ils eussent intérêt à se faire oublier, le serment leur inspirait tant de répugnance, qu'en 1766 ils s'adressèrent au roi lui-même pour en

n'oserait dire que leurs mœurs soient moins pures, moins austères que celles des peuples qui passent pour les plus fervents catholiques, les Italiens, les Espagnols, les Portugais.

Lorsque ces sectaires commencèrent à devenir un peu nombreux, le serment était consacré dans une foule de circonstances par les lois européennes. Il dut donc s'en présenter bientôt où les magistrats fussent dans le cas de l'exiger d'eux. Cela arriva notamment en Angleterre, pays où le serment est en grande vénération, où il suffit à un homme de le prêter pour avoir le droit d'en faire emprisonner un autre dont il affirme, fût-ce de mauvaise foi, être créancier (1).

Suivant le récit d'un auteur du temps, reproduit et peut-être embelli par Voltaire (2), l'orateur de leur députation adressa le discours suivant au premier magistrat des trois royaumes, le lord chancelier :

« L'ami chancelier, tu dois savoir que notre Sauveur ne permet d'affirmer que par oui et par non... Il dit expressément : Je vous défends de jurer, ni par le ciel, parce que c'est le trône de Dieu; ni par la terre, parce que c'est l'escabeau de ses pieds; ni par la tête, parce que tu n'en peux rendre un seul cheveu ni blanc ni noir. Cela est positif, notre ami, et nous n'irons pas désobéir à Dieu pour complaire à toi et à ton parlement. »

« On ne peut mieux parler, répondit le chancelier; mais il faut que vous sachiez qu'un jour Jupiter ordonna que toutes les bêtes de somme se fissent ferrer; les chevaux, les mulets,

être dispensés. Leur demande fut rejetée avec indignation, et néanmoins, au bout de trois ans l'un d'eux étant cité comme témoin dans une enquête, refusa avec obstination de jurer. Il fut d'abord incarcéré, ensuite menacé, et enfin, après de nouveaux refus, puni par un bannissement perpétuel de France, prononcé le 7 septembre 1769, par le conseil supérieur de Colmar, dont Louis XV, écrivant le duc de Choiseul, approuve beaucoup l'arrêt. *Voir Recueil des édits, etc., relatifs à l'Alsace, par le premier président de Boug*, 1775, *tome I*, p. 414 à 416.

(1) « Quoiqu'on ait beaucoup songé en Angleterre, dit Lacroix (Constitutions des États de l'Europe, 1791, tom. II, p. 302), à la liberté des personnes, elle est violée sur la simple affirmation d'un homme qui réclame une dette même imaginaire. Un ministre ne peut faire arrêter un citoyen par ordre du roi, mais il peut très facilement lui supposer un créancier. L'attentat que la société interdit à ses chefs, elle le permet au premier particulier de mauvaise foi. »

Ajoutons que cet abus existe encore; si ce n'est qu'on punit l'individu qui en a profité, lorsqu'on découvre qu'en effet il n'était pas créancier. On en a vu récemment un exemple. (*Voy. Gazette des Tribunaux du 22 mai 1838*, p. 733.)

(2) Son article parut d'abord en 1770 dans ses Questions sur l'encyclopédie, première partie. On en a ensuite fait l'article *Affirmation*, dans le Dictionnaire philosophique. Voir ses œuvres, édit. Beuchot, t. 26, p. 112.

les chameaux mêmes obéirent incontinent, les ânes seuls résistèrent : ils représentèrent tant de raisons, ils se mirent à braire si longtemps, que Jupiter, qui était bon, leur dit enfin : Messieurs les ânes, je me rends à votre prière ; vous ne serez point ferrés ; mais le premier faux pas que vous ferez, vous aurez cent coups de bâton. »

Il faut avouer, ajoute Voltaire (il écrivait ceci en 1770), que les quakers n'ont jamais jusqu'ici fait de faux pas.

Nous devons également l'avouer : si cette assertion est exacte, et nous n'avons pas connaissance qu'on l'ait contredite (1), elle fournit une arme bien puissante aux adversaires du serment.

La même difficulté s'est présentée en France depuis la révolution, non pas, il est vrai, en matière criminelle (2), où sa solution pourrait offrir quelque embarras, parce que, d'après la cour suprême, une agrégation à une association religieuse ne saurait dispenser du serment légal (3), mais bien en

(1) Elle ne l'a point été, entre autres dans deux occasions où cela eût été assez naturel si l'on avait cru qu'elle fût inexacte : 1° dans l'article *Quaker* du Dictionnaire de théologie (*Encyclopédie par ordre de matières*) de Bergier, publié en 1790, où l'on reconnaît au contraire l'exacte probité et la pureté de mœurs de ces sectaires (tom. III, p. 307), quoique, sous les autres rapports, on fasse d'eux une satire virulente ; 2° dans le procès de 1809 dont nous parlerons (p. 258) et lors duquel les adversaires d'un quaker prétendaient même qu'il n'observait pas scrupuleusement les rites de sa religion.

(2) Depuis la rédaction de notre mémoire, nous avons découvert qu'elle s'était présentée à la cour d'assises de Paris. Voici ce qu'on lit dans le procès-verbal de la séance du 29 septembre 1801 : « Redlagar, témoin appelé à la requête de Lurcusé Jean, ayant déclaré ne pouvoir prêter serment à cause de religion (quaker) et M. l'avocat général n'ayant pris aucun réquisitoire contraire, M. le président l'a dispensé de cette formalité et lui a fait promettre sous le rithme (*sic*) de sa religion, de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité et rien que la vérité. »

(3) Arrêt du 30 décembre 1824, Bulletin criminel, n° 200, p. 612.

D'autres décisions pourraient encore faire penser que la cour suprême n'admettrait pas sans difficulté, en matière criminelle, la substitution d'une affirmation à un serment. Elle déclare nul en effet le procès-verbal d'un garde forestier lorsque *l'affirmation* exigée de lui par la loi est remplacée par une *promesse* dont les termes ne donnent pas à entendre qu'elle a été faite sous serment. (Arrêts des 16 août 1811 et 20 et 28 février et 29 mars 1814, cités ou rapportés par Carnot, Instr. crimin., art. 16 et 613, édit. de 1829, tom. I, p. 162, n° 17, et p. 265, n° 4, et par M. Laporte, Dictionnaire des arrêts criminels, 1814, p. 178, n° 10.)

Elle a, il est vrai, aussi jugé que le serment est régulier lorsqu'il a été *prêté* suivant la formule légale, en premier lieu, par un juif, sans y joindre les solennités propres à son culte s'il ne les a pas réclamées lui-même (arrêts de 19 mai 1826 et 10 juillet 1828, Bulletin crim., n°s 101 et 206), en deuxième lieu, par un mahométan, en y joignant au contraire ces solennités, par exemple l'apposition des mains sur le Coran (arrêt du 16 février 1838, Bull. crim., n° 42, et Journal criminel de M. Chauveau, 1838, p. 121). Mais dans ces hypothèses, il y avait un serment et non pas une simple affirmation.

matière politique et en matière civile. En 1791, les quakers demandèrent à l'assemblée constituante d'être dispensés du serment civique. Mirabeau, alors président, tout en faisant pressentir à leurs députés une décision favorable sur leur demande, répondit que l'assemblée l'examinerait (1); mais la question fut ensuite oubliée.

Elle a au contraire été résolue en matière civile. Par une sorte d'extension du principe du droit romain adopté par plusieurs tribunaux français, que le serment, étant un acte religieux aussi bien qu'un acte civil, doit être prêté selon les rites de la religion de celui à qui on le demande (2), les cours de Bordeaux et de cassation ont décidé en 1809 et 1810, la dernière sur les conclusions de votre savant collègue, M. le comte Merlin, que la simple affirmation d'un quaker équivalait à notre serment judiciaire (3).

Au fond, il n'y aurait, entre l'affirmation des anabaptistes et des quakers et notre serment, que la seule différence naissant de la substitution du mot *jurer* au mot *affirmer*, si l'on n'avait pas joint au premier de ces mots un signe dont leur susceptibilité stoïcienne pourrait s'alarmer, savoir, l'action d'élever la main droite vers le ciel; mais on pourrait, sans scrupule, les en dispenser, parce que ce signe n'est point légal.

Témoins chaque jour de l'invitation de lever la main, adressée par les magistrats (4) aux personnes qui doivent prêter serment, on pourra trouver notre assertion singulière; elle n'en est pas pour cela moins exacte : en un mot, la méthode dont nous parlons n'est absolument fondée que sur un usage (5).

C'est ce qu'a formellement reconnu, en 1808, la cour impériale de Turin (6); mais ce qu'elle n'a pas dit, sans doute

(1) Séance du soir du 10 février 1791, Moniteur du 12, p. 174.

(2) V. notre Cours de procédure civile, 6e édit., 1835, tom. II, page 553, note 6, n° 3.

(3) Arrêt de Bordeaux du 14 mars 1809, maintenu en cassation le 28 mars 1810, Jurisprud. Cod. Napol., t. XIII, p. 112, t. XV, p. 92.

(4) Ils y ajoutent souvent l'avis que ce doit être la main droite, que cette main doit être nue, et qu'on doit se tenir debout. *Voir* les motifs de l'arrêt de Turin, cité plus bas.

(5) Quelque ancien et quelque respectable que soit un usage, sa violation ne peut, on le sait, fournir un moyen de cassation (Même cours de procédure, 6e édit., t. II, p. 555, note 16).

(6) Arrêt du 14 décembre, Jurisprud. C. Nap., t. XIII, pages 114 et suivantes.

parce que cela était inutile à sa décision, c'est que cet usage était assez incertain.

Si l'on consulte, en effet, les anciens auteurs de procédure, comme Imbert, au seizième siècle, et Despeisses, au dix-septième (1), on voit que, pour le signe joint au serment, l'on distinguait deux classes de personnes.

En premier lieu, les ecclésiastiques : ils prêtaient serment en mettant la main sur ce qu'on nommait le *Pict*, c'est-à-dire la poitrine, du mot latin *Pectus* (2) ;

En deuxième lieu, les laïques : ils le prêtaient en mettant la main sur l'Évangile.

A ces deux classes, Despeisses, mort plus de 60 ans après Imbert, ou en 1658, en ajoute une troisième, savoir, les protestants : ils ne sont tenus, dit-il, que de lever la main.

C'est en effet ce qui leur avait été accordé par deux édits de pacification, et successivement par l'édit de Nantes (3), sur leur demande de n'être point forcés de jurer sur des reliques, telles que le bras de saint Antoine (4).

Les premiers ouvrages, à notre connaissance, où l'on cite l'action de lever la main comme forme générale de prestation de serment, sans distinction de protestants et de catholiques, sont le Parfait Praticien, par Desmaisons, publié en 1675, in-4° (5), et le Praticien français, publié par un auteur inconnu, en 1697, in-12 (6) ; mais ce changement de méthode ne fut point complet : d'une part, les ecclésiastiques continuèrent, jusqu'à la révolution de 1789, à placer la main sur le *Pict* ou la poitrine, comme l'énonce Pigeau, dans son édi-

(1) Imbert (il est cité p. 247, note 5), liv. I, ch. 43, n. 5, p. 331... Despeisses (il est cité, p. 245, note 6), t. II, p. 334, 335.

(2) Nous en avons des exemples dans les informations faites à Paris, en 1590, au sujet du meurtre du duc et du cardinal de Guise. Un prêtre et l'archevêque de Lyon y prêtèrent « serment de dire la vérité, *la main mise sur le pict* » est-il dit dans le procès-verbal (Revue rétrospective, 1re série, 1835, t. IV, p. 229 et 233).

(3) Édits de mai 1778, art. 19, de septembre 1577, art. 17, d'avril 1598, art. 24, cités par Despeisses (d. p. 335) et rapportés, du moins le premier et le troisième, dans le Recueil général des anciennes lois françaises, par MM. Isambert, Decrusy et Taillandier, t. XIV, p. 284, t. XV, p. 178.

(4) Voy. ci-devant, p. 246 et note 8 ibid... Ainsi, chose assez bizarre, c'est à un usage en quelque sorte consacré pour les protestants, que les catholiques ont fini par se conformer.

(5) L'auteur n'est désigné dans le titre de l'ouvrage, que par les initiales F. M.; mais dans le catalogue de la bibliothèque de cassation (part. 2, p. 307), on le nomme Desmaisons.

(6) T. II, p. 601. Cet ouvrage est à la Bibliothèque royale.

tion de 1787 (1), et de l'autre, beaucoup de laïques continuèrent aussi à la placer sur l'Evangile, comme on le voit dans Rodier, édition de 1784 (2), et comme cela se pratiqua encore en 1787, pour le serment des avocats et des procureurs à la rentrée du parlement de Grenoble; et nous ne connaissons aucune loi postérieure qui ait prohibé ces deux modes, ni consacré le mode actuellement en usage (3).

La réprobation dont les anabaptistes et les quakers avaient en quelque sorte frappé le serment, n'a exercé, nous l'avons vu, aucune influence sur les législateurs modernes : la chose s'explique assez en considérant qu'il s'agissait de l'opinion de sectes fort peu répandues en France; mais nous avons moins facilement conçu qu'ils n'aient donné aucune attention aux critiques de deux jurisconsultes et professeurs, dont les ouvrages sont entre les mains de tous les gens de loi, et dont l'un jouit, à juste titre, de la plus grande autorité parmi nous, Ferrière et Pothier.

« Il faut demeurer d'accord », dit Ferrière, dans son Dictionnaire de droit, édition de 1749, plusieurs fois réimprimée depuis (4), « il faut demeurer d'accord que le serment n'a » été introduit qu'à la honte de l'humanité; il suffit à l'homme » de connaître bien ses devoirs pour n'y pas manquer; la religion du serment n'ajoute rien à l'étendue des obligations » (c'est aussi ce que disaient les quakers (5), quarante ans » après), tout comme la suppression du serment ne dispense » point de les remplir.

» D'ailleurs, c'est la probité et non pas le serment qui empêche un homme de trahir la vérité, car les serments ne

(1) T. 1, p. 202. — Dans le chapitre du serment de la 1re édition qu'il a donnée après le code de procédure, en 1807, Pigeau (t. 1, pag. 241 à 251) ne parle point des formes de cet acte, quoiqu'il y ait reproduit, comme dans le reste de son traité, tous les passages de l'édition de 1787 qui pouvaient concorder avec les dispositions nouvelles du code.

(2) Page 112. Sa première édition parut en 1761. C'est le meilleur commentaire de la loi ancienne (ordonnance de 1667) de procédure.

(3) La loi, disait en 1809 le rédacteur principal (feu Victor Loiseau, avocat en cassation) de la Jurisprudence du code civil (t. XIII, p. 117) la loi ne consacre aucune formule sacramentelle pour affirmer en justice, et c'est aussi ce qu'ont reconnu 1o en 1819 et 1820 Carnot, Instruct. criminelle, 1re édition, t. 1, page 140, et 2e édit., t. I, p. 255, 2o en 1816, 1823 et 1830, Le Graverend, Traité de législation criminelle, 1re, 2 et 3e éditions, t. 1, chap. 6, sect. 6, § 1 (voir également, page 250, ce que nous rapportons de la cour de Turin).

(4) Cette édition, revue par lui, parut après sa mort. Le passage que nous allons en rapporter, et qu'on lit au mot *Serment*, n'est point dans les éditions précédentes.

(5) Moniteur du 12 février 1791, p. 174.

« font point naître en nous les vertus; c'est pourquoi celui
» qui serait d'assez mauvaise foi pour oser certifier une fausseté à la face de la justice, le serait encore pour violer son
» serment, et ceux qui ont quelques principes d'honneur,
» n'ont pas besoin d'être effrayés par la religion du serment,
» pour avoir horreur d'un tel mensonge. »

Avant de rapporter les paroles de Pothier, nous rappellerons qu'une partie considérable de notre code civil a été empruntée à ses ouvrages. Dans son célèbre Traité des obligations, publié en 1761, et dont le titre des contrats du même code est extrait presque d'un bout à l'autre, Pothier, après avoir décidé, en premier lieu, comme on l'a fait depuis dans le même titre (art 1366 et 1367), que le juge peut déférer d'office le serment lorsque la demande ou la défense, sans être pleinement justifiée, n'est pas totalement dénuée de preuves; en deuxième lieu, que si les indices dont s'appuie une des parties font naître quelque doute dans son esprit, il peut encore, pour assurer sa religion, déférer le serment à l'adversaire de cette partie, Pothier, disons-nous, s'exprime ainsi (1) :

« Je ne conseillerais pas néanmoins aux juges d'user souvent de cette précaution, qui ne sert qu'à donner occasion
» à une infinité de parjures. Quand un individu est honnête
» homme, il n'a pas besoin d'être retenu par la religion du serment pour ne pas demander ce qui ne lui est point dû, et
» pour ne pas disconvenir de ce qu'il doit, et quand il n'est
» pas honnête homme, il n'a aucune crainte de se parjurer.
» Depuis plus de quarante ans que je fais ma profession, j'ai
» vu une infinité de fois déférer le serment, et je n'ai pas vu
» arriver plus de deux fois qu'une partie ait été détournée, par
» la religion du serment, de persister dans ce qu'elle avait
» soutenu. »

Voilà donc le serment judiciaire des parties, déjà réprouvé (2) par le premier président Lamoignon, proscrit formellement par deux anciens jurisconsultes et professeurs (3), parce qu'il

(1) Partie 4, ch. 3, art. 3, § 1, n° 831.
(2) Voyez plus haut p. 244 et 245, texte et notes.
(3) Ferrière était doyen des docteurs régents de l'Université de Paris, et Pothier, professeur de droit français à celle d'Orléans. Ce dernier avait été pourvu de sa chaire en 1749, douze années avant la première édition de son Traité des obligations. (*Voyez* Oratio de laudibus V. J. Pothier, en tête de son Pandectæ, édit. de 1782, p. 5.)

ne conduisait presque jamais qu'au parjure ! Admettons qu'on ait pu ne point s'arrêter à leur avis en le voyant combattu par un si long usage, et par les décisions de tant de législateurs et de tribunaux, du moins aurait-on dû prendre en considération les faits graves sur lesquels l'exact, le consciencieux Pothier appuie le sien, savoir que deux plaideurs entre une foule d'autres (une infinité de fois, dit-il) auxquels il avait vu déférer le serment, dans l'intervalle de quarante années (1), deux plaideurs seulement avaient été contenus par la crainte de se parjurer.

Et celui qui atteste ces faits était membre d'un tribunal considérable de second degré, le bailliage présidial d'Orléans, dont le territoire contenait une population de plus de deux cent mille âmes (2), ce qui, si l'on part seulement du rapport existant entre la population et le nombre des procès soumis aux tribunaux actuels de second degré, ou tribunaux de première instance, d'après les admirables statistiques publiées au ministère de la justice, ferait déjà supposer qu'environ six cents procès étaient soumis, année commune (3), au tribunal où siégeait Pothier. Mais il faut partir d'un rapport plus élevé à cause de deux changements capitaux faits en 1790 à la juridiction et à la procédure. D'une part, les bailliages présidiaux statuaient sur l'appel de toutes les sentences des tribunaux du premier degré ou justices seigneuriales, tandis que nos tribunaux de première instance ne connaissent des appels des jugements de paix que lorsqu'ils ont prononcé sur une valeur supérieure à cinquante francs (4). D'autre part, on n'é-

(1) Pothier avait à peine vingt et un ans lorsqu'il fut nommé conseiller au présidial d'Orléans, c'est-à-dire vers 1720 (*Oratio de laudibus*, etc., p. 3.)

(2) Il a fallu nous livrer à de longues recherches pour fixer d'une manière assez approximative cette population. Nous avons été obligé entre autres, 1° de relever tous les noms des paroisses dépendantes du présidial d'Orléans, indiquées, avec beaucoup d'autres, dans la table alphabétique mise à la tête des Coutumes d'Orléans publiées dans cette ville, en 1740, chez Rouzaud Montaud (2 vol. in 12), 2° de chercher et placer, à côté de chaque paroisse, sa population telle qu'elle est indiquée dans les annuaires du pays, 3° de faire une évaluation moyenne pour celles dont la population était omise, etc.... En résumé, nous croyons que le nombre auquel nous sommes arrivé (200,000) est plutôt au-dessous qu'au-dessus du nombre réel.

(3) Dans le ressort de la cour d'Orléans, on compte un procès par 35 habitants. *Voir* État de l'administration de la justice civile, de 1828 à 1830, rapport au roi, p. viij.

(4) Dans le même ressort, sur 60 habitants, il y a un procès soumis aux justices de paix (État de l'administration de la justice pour 1834, rapport au roi, p. x.)

N. B. Ce mémoire était terminé depuis longtemps, lorsqu'on a élevé (loi du 25 mai 1838, art. 1er) à 100 francs le taux de dernier ressort des justices de paix.

tait point assujetti jadis à l'épreuve de la conciliation, et cette épreuve prévient près du tiers des procès dans l'ancien ressort du présidial d'Orléans (1). Nous ne croyons donc pas exagérer en portant à un millier le nombre annuel des procès soumis à ce tribunal; de sorte qu'à l'époque où Pothier faisait l'observation précédente, il pouvait avoir eu connaissance de trente ou quarante mille contestations judiciaires, expérience assez vaste, si l'on peut parler ainsi, pour lui donner le droit d'affirmer que le serment ne sert qu'à donner occasion à une infinité de parjures (2); mais expérience aussi qui nous encourage à adopter son opinion et à émettre le vœu qu'on supprime le serment déféré d'office, et même, parce qu'il y a de semblables raisons, le serment en plaid, ou serment déféré par le juge pour l'appréciation de valeurs incertaines (3).

On objecterait en vain que, d'après l'assertion de Pothier, la délation du serment avait au moins servi dans deux circonstances... Outre que le législateur ne doit point s'occuper des cas extraordinaires (4), ce serment donnant lieu à une infinité de parjures, tend par là même à discréditer les autres espèces de serments.

Nous ne dirons rien du serment décisoire ou serment suivi d'une décision définitive favorable au plaideur qui l'a prêté sur la délation de son adversaire, parce que celui-ci, étant libre de ne pas déférer le serment, s'est exposé de plein gré à une condamnation (5): mais devrons-nous adopter l'opinion de Ferrière, qui proscrit toute espèce de serment, opinion pour laquelle semble pencher Pothier?.. Devrons-nous surtout pour les jurés, les témoins, les experts, nous contenter d'une simple promesse comme le code du bramaire?

Plusieurs considérations importantes nous portent à adopter ce dernier parti pour les jurés.

En premier lieu, les jurés sont choisis dans de certaines

(1) Même état de 1834, p. 276. — Nous pourrions encore faire compte des procès soumis aux prud'hommes, qui se sont élevés au nombre de 62 (*Ibid.*, p. 266)

(2) Il fallait qu'il en fût bien convaincu, vu son ton d'assurance, si différent de celui qui règne dans ses ouvrages

(3) Code civil, art. 1369

(4) Jura constitui oportet in his quæ ut plurimum accidunt (Lois 4 et 5, Dig., de legibus)

(5) Code civil, art. 1357 à 1365, Pothier, Obligations, n°s 817 à 825 (les art. 1357 à 1365 en sont extraits)

classes de la société qui, à raison de la fortune, ou des emplois, ou des dignités, font supposer, à un petit nombre d'exceptions près, une instruction plus ou moins grande, mais toujours assez étendue pour qu'on ne s'imagine point être plus lié par un serment que par une promesse (1).

En second lieu, pour que la substitution de la promesse au serment pût faire craindre, dans l'intérêt de la société, que les jurés fussent encore moins disposés qu'on ne leur reproche, à se prononcer pour la culpabilité des accusés, il faudrait qu'en effet, sous l'empire du code de brumaire, c'est-à-dire depuis qu'ils étaient dégagés du frein du serment, ils eussent manifesté une plus grande répugnance à déclarer les accusés coupables.

Or, l'expérience nous montre le contraire. Elle a été recueillie et constatée par un magistrat consciencieux, feu M. Bourguignon, successivement juge au tribunal criminel et conseiller à la cour royale de Paris (2). Dans ses mémoires sur le jury, à l'un desquels votre Académie avait décerné un prix en 1802 (an X), il donne un dépouillement des registres de la cour criminelle et de la cour spéciale de la Seine, dont l'une jugeait avec assistance, et l'autre sans assistance de jurés. Il en résulte que pendant environ huit années, de 1800 à 1808, les jurés n'acquittaient qu'un quart des accusés, tandis que les juges spéciaux en acquittaient plus d'un tiers (3).

La substitution de la promesse au serment pourrait encore moins aujourd'hui faire craindre un accroissement d'indulgence chez les jurés, puisqu'ils sont choisis dans des classes qui font supposer encore plus d'instruction que sous le code de brumaire, où il suffisait d'être électeur, c'est-à-dire d'avoir alors un revenu ou de payer un loyer de cent à deux cents francs (4).

(1) Lorsqu'il s'élève une contestation sur la quotité des gages d'un ouvrier ou domestique, sur le payement du salaire de l'année échue ou sur les à comptes donnés pour l'année courante, les législateurs modernes malgré leur confiance extraordinaire dans le serment, se contentent (code civ. 1781) de la simple *affirmation* du maître.... Assurément, l'instruction de beaucoup de maîtres est bien inférieure à celle que nous pouvons en général attribuer aux jurés.

(2) Auteur entre autres ouvrages, d'un Manuel d'instruct. criminelle, 1810, 2 vol. in 8°, d'un Dictionnaire des lois pénales, 1811, 3 vol. in 8°.

(3) Second mémoire sur le jury, an XII-1804, p. 71, 3e *idem*, 1808, p. 62.

(4) Code de brumaire, art. 483, constitution de l'an III, art. 35.

S'il y a encore, comme on nous l'avait objecté, et comme on l'a répété depuis, des jurés qui ne savent pas lire, fait peu probable, soit à cause du revenu (1,500 à

Ajoutons que plus on réduira l'usage du serment et plus on lui donnera d'efficacité dans les circonstances où une sorte de nécessité force à le maintenir, comme lorsqu'il s'agit de matières politiques, ou de promotions à de nouveaux emplois.

Des motifs, inverses des précédents, nous engageraient à maintenir le serment pour les témoins. Le plus grand nombre d'entre eux appartient à des classes dépourvues d'instruction. Elles ne concevraient peut-être pas cette espèce de théorème des quakers, de Ferrière et de Pothier, que le serment n'ajoute rien à l'étendue des obligations (1); elles paraissent au contraire imbues d'une idée différente. Entre plusieurs faits que nous avons observés et qui nous l'ont persuadé, nous en avons choisi deux.

Dans un procès assez considérable entre une fermière et son propriétaire sur une restitution de fruits et surtout de chanvre, le tribunal civil de Grenoble avait ordonné une enquête, il y a une vingtaine d'années. On conseilla alors à la fermière de rechercher, avant de laisser commencer cette procédure coûteuse, si ses souvenirs sur les produits dont elle donnait la note, s'accordaient avec eux des témoins principaux qu'on devait faire entendre. Elle s'adressa aux cinqueneurs, c'est-à-dire aux ouvriers auxquels, dans ce pays, on accordait la cinquième partie du chanvre (2), pour l'arracher, le faire rouir et sécher, et le mettre en paquets ou bottes Elle rapporta sa note confirmée, dans chacun de ses points, par leurs récits.

Tout changea de face devant le juge-commissaire de l'enquête, les quantités déclarées par les cinqueneurs dans leurs dépositions, furent doubles ou triples de celles de la note. La fermière leur en ayant fait des reproches, ils lui répondirent :

1,800 fr.) que fait supposer le cens électoral actuel, soit parce que les préfets ne les comprendraient pas dans le quart auquel ils réduiront la liste sur laquelle se fait le tirage (v. C. cr. 302 et 387), soit parce que ces jurés demanderaient eux-mêmes leur élimination, soit parce que le ministère public les récuserait... on n'en pourrait rien induire, puisque, vu la différence du revenu, il y avait assurément beaucoup plus de jurés illettrés sous l'empire du code de brumaire, sous lequel, néanmoins, la substitution de la promesse au serment n'avait pas donné lieu à des inconvénients.

(1) Voyez plus haut, p. 258, texte et notes.

(2) Depuis longtemps on ne leur en accorde que la 8e partie, et toutefois on a continué à les nommer *cinqueneurs*; et cela s'est même pratiqué à l'égard de certains ouvriers qui, pour d'autres opérations rurales, reçoivent une portion de récolte plus faible, telle que la 7e partie, la 8e, etc.

Vous demandiez si tel ou tel fonds n'avait pas produit tant de bottes : nous vous avons répondu *oui*, sans doute sans y avoir assez réfléchi, et un peu aussi parce que cela paraissait vous faire plaisir; mais auriez-vous donc voulu qu'ensuite nous eussions fait un faux serment?

Nous demanderons un peu d'indulgence pour le second exemple, à cause de sa trivialité, mais il nous a semblé encore plus propre à peindre les mœurs et les opinions de la classe dont nous avons parlé, et ce sont surtout les mœurs et les opinions qu'il faut étudier, lorsqu'il s'agit de perfectionnements ou de modifications dans les lois.

Vers 1786, un capucin nommé père Basile, faisait une mission à Vif, bourg assez populeux du Dauphiné. Arrivé à l'une des dernières cérémonies, c'est-à-dire à l'amende honorable qu'il était dans l'usage de faire faire aux fidèles, il en prononça lui-même les termes à haute voix dans la chaire évangélique. « Promettez à Dieu, dit-il entre autres, de ne plus » retomber dans vos anciens péchés.... Jurez-le.... Levez la » main! »

Entraînés par la voix tonnante du missionnaire et par son geste, qui servait en quelque sorte de guide, presque tous les assistants et surtout les assistantes levèrent la main.

Au sortir de l'église, il y eut un attroupement de femmes, une espèce d'émeute contre père Basile, et il fut obligé de s'échapper par une porte fermée au public. L'avez-vous vu! s'écriaient-elles dans leur patois, bien plus expressif que ma traduction, « l'avez-vous vu?.. l'avez-vous entendu, ce père?.. A quoi nous a-t-il poussées?.. à faire un faux serment... On peut bien promettre de très-bonne foi de ne plus pécher, parce qu'on le pense en le promettant; mais le jurer, lorsqu'on sait trop qu'on ne peut guère s'empêcher de trahir cette promesse! .. c'est un parjure! »

Toutefois, si nous sommes d'avis de maintenir les règles relatives au serment pour les témoins, ce ne serait point sans quelques modifications, du moins pour le serment exigé d'eux aux assises.

La première modification que nous y apporterions concerne la formule du serment, qui est « de parler sans haine » et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité..» Elle nous semble trop étendue et de nature à alarmer quel-

ques consciences. Nous pencherions à en faire supprimer la première partie, ou les mots *sans haine et sans crainte*, ou au moins les mots *sans crainte*. Nous avons été frappé de la déclaration naïve d'un des témoins du procès fait à un des personnages accusés d'avoir pris part, en 1832, à l'expédition de la duchesse de Berri. Il répondit à l'interpellation du président des assises, qu'il ne pouvait pas jurer *de parler sans crainte*,... et, en effet, outre que la crainte est un sentiment dont tout le monde n'a pas la force de se rendre maître, on sait trop que, dans ces sortes de procès, les témoins sincères courent des risques, et pour leurs biens, et pour leurs personnes.

Notre sentiment est d'ailleurs, même pour toute la première partie de la formule, confirmé par la pratique du royaume de Naples, du moins si nous en jugeons par la traduction que D. Giuseppe Malta y a faite en 1824, de la seconde édition de notre Cours de droit criminel (1), et qu'il annonce vouloir faire concorder avec le droit en vigueur dans son pays.

En effet, à ces mots de notre cours (2), ils (les témoins) prêtent serment de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité et rien que la vérité, D. Malta (p. 195) substitue ceux-ci : *Essi prestano il giuramento di dire la verità, e nulla altro che la verità* (3).

Au contraire, pour le serment en matière civile, on y a maintenu, dans son intégrité, la formule beaucoup plus simple du code judiciaire français, si nous en jugeons aussi par la traduction de la cinquième édition de notre Cours de procédure, donnée à Naples en 1826-1827, par M. l'avocat Nicolas Rossi (4), où il rend nos expressions : chaque témoin doit

(1) Corso di dritto penale, fatto alla Facoltà di dritto di Parigi, da M. Berriat-Saint Prix, *adattato* alle leggi penali, e di procedura nei giudici penali vigenti nel regno delle due Sicilie, Napoli, dai torchi di Raffaele di Napoli

(2) Même seconde édition, p. 140 (4e édit., 1836, p. 177).

(3) Telle est en effet la seule formule prescrite tant au grand qu'au petit criminel (ces derniers mots désignent les polices simple et correctionnelle, voir même Cours, 4e édit., p. 33, note 25), par les dernières lois pénales de Sicile (art. 247, 87, 308, et 410 comparés), comme nous l'avons vu depuis la composition de notre mémoire, par la traduction qu'en a faite M. Foucher, dans sa Collection précieuse des codes étrangers, partie des lois de Sicile, 1836, in 8o, p. 99, 40, 130 et 151.

(4) Corso di procedura civile, ad uso delle facoltà di dritto di Parigi, del signor Berriat-Saint Prix, versione italiana della quinta edizione francese, con osservazioni sul dritto napolitano... Napoli, dai torchi del Tramater

jurer de dire la vérité (1), par celles ci (t. I, p. 131) : *ciascuno deve... giurare di dire la verità*.

Notre seconde modification concernerait l'espèce de rigorisme apporté à l'application des règles relatives au serment. Nous ne pensons pas, en premier lieu, comme on peut le pressentir par ce que nous avons fait observer à l'occasion du procès Fualdès, qu'il fallût s'attacher aussi strictement à toute la formule légale; nous ne verrions, au contraire, point d'inconvénients à ce que l'on se contentât d'expressions équivalentes, ainsi qu'on le fait pour le serment des interprètes (2); en second lieu, qu'il fallût surtout faire dépendre la validité des arrêts de cours d'assises, de simples omissions ou irrégularités dans les procès-verbaux des sessions, suites évidentes de pures inadvertances (3); car il est difficile de supposer que des magistrats éminents, tels que les présidents de ces cours, aient violé ou omis, à dessein et en audience publique, des formalités essentielles, et l'on devrait, au contraire, comme cela est admis dans d'autres circonstances (4), présumer que

(1) Mém 5ᵉ édit., tom 1, page 296 (6ᵉ édit. 1835, tom 1, p. 333)

(2) Arrêts de rejet de la cassation, des 16 avril 1818, 4 février 1819, 15 avril 1824, au Bulletin criminel.

Comme une traduction inexacte de dépositions ou d'observations essentielles peut être quelquefois plus préjudiciable à l'accusé qu'une déposition mensongère, on ne devrait pas trouver étrange que l'on se contentât d'expressions équivalentes pour le serment des témoins, puisqu'elles suffisent pour celui des interprètes

(3) Telle fut sans doute l'omission qui fit casser le premier arrêt Fualdès (ci dev., pages 251 et 252 et notes) il y avait en effet 77 témoins à décharge; le serment de 16 d'entre eux seulement n'était pas constaté Est il à présumer qu'on eût négligé de le leur faire prêter dès qu'on avait eu ce soin pour les 61 autres?

(4) « Vous avez » disait M. Merlin, dans un réquisitoire soumis à la cour suprême (Recueil alphabétique, mot *Huit*, § 6, 2ᵉ édition, tome I, p. 271), « vous avez constamment tenu pour principe que la présomption doit toujours être en faveur de la « régularité des opérations judiciaires, surtout lorsqu'elles ne sont pas contredites « au moment où elles se font »

Quel inconvénient y aurait-il à admettre un semblable principe dans les débats criminels où les opérations, ayant en quelque sorte plus de publicité, peuvent être plus facilement surveillées que dans les débats civils?

N. B. Cette note a été lue à l'Académie, nous y ajouterons l'observation suivante :

Il s'est déjà présenté quelques circonstances où la cour de cassation a admis le même principe en matière criminelle, en voici une

D'après l'article 13 de la loi du 2 mai 1827, rappelé en 1832, dans l'article 394 du code criminel on peut, dans les affaires de nature à entraîner de longs débats, tirer au sort deux jurés suppléants, afin de remplacer ceux des jurés titulaires qui ne pourraient pas suivre les débats jusqu'à la fin, de sorte que, dans le cas contraire, les suppléants doivent se retirer avant la délibération des jurés titulaires. Cette *retraite* n'ayant point été constatée par le procès verbal d'une affaire soumise à une cour d'assises en 1836, le condamné se pourvut en cassation. Il se fondait sur le principe précédemment rappelé, que toute forme non énoncée dans le procès verbal, est réputée omise, et sur ce que, par conséquent, on pouvait penser que les jurés suppléants avaient pris part à la déclaration des jurés titulaires, mais son pourvoi fut

les opérations de ces magistrats ont été régulières tant que le condamné n'offrirait pas d'en prouver l'irrégularité.

A l'égard des experts et des interprètes, nous les assimilerions aux témoins. Sans doute, des hommes tels que les Desault, les Dubois, les Fourcroy, les Vauquelin, les Corvisart, appelés ou consultés pour des opérations ou des questions de médecine légale, et cette remarque, il est inutile de le dire, s'applique aujourd'hui à leurs illustres successeurs, n'auraient pas eu besoin de prêter un serment pour se croire astreints à fournir avec scrupule, ou suivant l'expression du code, *en leur honneur et conscience* (1), les renseignements demandés par la justice, mais des hommes de classes moins instruites, de simples ouvriers même, peuvent aussi être appelés aux fonctions soit d'experts, soit d'interprètes, et alors le serment nous paraît utile.

En résumé, nous avons la ferme persuasion que les législateurs modernes ont trop prodigué la solennité du serment;

Que, par là même, ils en ont diminué l'efficacité dans les circonstances où il pourrait être utile;

Qu'en conséquence, il faudrait le supprimer dans celles que nous avons indiquées, sauf, dans quelques-unes, à lui substituer une simple affirmation ou promesse;

Et que dans celles où il serait maintenu, il ne faudrait ni en regarder les termes comme constituant une espèce de sacrement (2), ni supposer que le juge eût négligé de les faire exprimer avec régularité, à moins que la partie intéressée n'offrît la preuve de cette négligence.

BERRIAT-SAINT-PRIX,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

rejeté le 30 septembre 1836, par le motif « que le procès-verbal n'énonçait pas qu'au» cun des douze jurés titulaires eût été empêché de concourir à cette déclaration;
» qu'il y avait donc *présomption légale* qu'ils l'avaient seuls délibérée et formée. »
(Journal du droit criminel, 1836, p. 226.)

Cette décision est d'autant plus remarquable, qu'au nombre des motifs pour lesquels on avait annulé, le 30 octobre 1828 (Bulletin criminel), un autre arrêt de cour d'assises, était celui-ci : « le procès-verbal ne déclarait pas qu'au moment où le jury » était entré dans sa chambre, les deux jurés suppléants se fussent retirés. »

(1) *Voy.* notre Cours de droit criminel, 4e édition, p. 131, note 14.

(2) Le conseil d'État vient de se montrer encore plus facile, si l'on peut parler ainsi. Il a décidé, en effet, que le président d'un collége municipal avait pu se dispenser de lire aux électeurs la formule du serment, et qu'il avait suffi, pour la régularité de la prestation, qu'il leur *mît sous les yeux* cette formule, en les invitant à lever la main (*Gazette des tribunaux* du 26 juillet 1838.)

ÉTUDES HISTORIQUES

SUR L'ART. 883 DU CODE CIVIL (Suite) (1).

On a vu, dans l'article précédent, le principe que les partages sont des actes déclaratifs et non translatifs, dériver des nécessités du régime féodal, le système contraire a dû succomber devant des usages créés par les besoins de l'institution nouvelle et auxquels il ne pouvait s'accommoder. Vainement les juristes, dans leur attachement au droit romain, se sont efforcés, pendant plusieurs siècles, d'expliquer, à l'aide de doctrines propres à cette législation, des règles qui ne lui devaient pas la naissance; ils n'ont pu concilier deux choses que la raison démontrait contraires. L'esprit des praticiens s'est refusé à croire ce qu'une application de chaque jour lui démontrait faux; le rejet forcé des conséquences a fait périr le principe.

La seconde partie de l'art. 883 code civ. concerne les licitations et implicitement les partages avec soulte; elle se complète par l'art. 888, qui assimile au partage tous les actes ayant pour objet de faire cesser l'indivision. Ces stipulations, bien différentes des partages purs et simples, sont cependant soumises au même système; comme eux, elles ne sont pas translatives, mais purement déclaratives; l'héritier qui paye à son cohéritier, et de ses deniers, la part excédant la sienne, dans le bien dont il est loti; celui qui, déjà rempli de ses droits par ailleurs, se rend adjudicataire d'une autre portion de l'hérédité, n'acquièrent pas; ils ne tiennent rien de leurs cohéritiers; ceux-ci ne reçoivent rien des premiers, pas

(1) V. la première partie de ces études, tom. Ier, page 143.

même l'argent qu'ils leur comptent; chacun reçoit du défunt, et directement, même ce que celui-ci n'avait pas.

Ici le caractère attribué aux actes est tellement fictif et contraire à leur nature apparente, que la foi du jurisconsulte a besoin d'une grande souplesse pour se plier à la croyance que la loi lui impose.

C'est un résultat bizarre de cette même lutte dans laquelle le principe du droit romain a succombé; le système vaincu a légué à son successeur une partie de ses règles, et celui-ci, n'y trouvant rien d'incompatible avec ses propres éléments, les a recueillies. Les licitations assimilées, aux partages par le droit romain, ont été maintenues par son influence dans cette assimilation; mais pour la conserver, elles ont dû se dépouiller de leur caractère primitif et revêtir celui que la loi nouvelle attribuait au partage. Dans le récit qui me reste à faire, on verra les juristes s'emparer des règles du droit féodal et du système même des praticiens, pour introduire, dans la jurisprudence des profits seigneuriaux, des applications du droit écrit. Leurs efforts ont été plus heureux dans cette partie, les maximes romaines, soutenues par eux, sont devenues loi française et ont pris place parmi nos règles indigènes.

L'introduction du droit romain dans le régime féodal se manifeste fréquemment dans l'histoire de ce régime; elle est facile à reconnaître et le plus souvent constatée par des débats connus et une lutte dont les vicissitudes se suivent aisément. Le droit coutumier, *haineux* (1) et jaloux, laissait difficilement place à des règles étrangères, qui d'ailleurs ne cherchaient à s'établir que pour porter atteinte à des intérêts souvent puissants et presque toujours consacrés par le temps. Les efforts des jurisconsultes, en faveur des décisions du droit écrit, sont tantôt repoussés comme à l'égard des partages, tantôt suivis de succès comme à l'égard des licitations. C'est par l'étude de ces combats et de leur issue qu'on peut arriver à constituer une histoire réelle et véritable de nos institutions privées et à la dégager des erreurs dont l'esprit de système l'a jusqu'à présent infectée.

Ces travaux doivent être partiels : pour constater sûrement l'immense histoire de nos institutions, il faut d'abord les in-

(1) Les anciens auteurs qualifient souvent de ce nom le droit coutumier. V. l'*Histoire du droit* de Laferrière, tom. 1, p. 68.

terroger séparément; c'est à l'analyse qu'il faut recourir et ne pas entreprendre un vaste édifice avant d'avoir sondé chacun des matériaux qui doivent le composer. La science des faits particuliers nous conduira aux idées générales, mais il convient, en premier lieu, de s'assurer de ces faits et de déterminer leur liaison, soit entre eux, soit avec les événements historiques; puis, lorsque ces prémisses nous seront acquises, nous pourrons les livrer au travail des déductions et systématiser nos observations.

Ce n'est pas sans intention que j'ai commencé la publication de ces essais par l'art. 883, bien d'autres dispositions auraient, comme le principe qu'il renferme, montré le droit actuel se rattachant à des événements étrangers à la science abstraite du jurisconsulte; les successions, les donations, la communauté, révèlent, dans une foule de règles, les mêmes causes ou du moins une origine analogue (1); mais le texte de l'art. 883, en réunissant sous une même formule les partages purs et simples et les licitations, a cet avantage que son histoire nous découvre à la fois les deux sources du droit qui nous régit, savoir le droit féodal et le droit romain; des deux dispositions qui composent cet article, l'une découle du premier droit, l'autre dérive du second, on peut donc y reconnaître en même temps, et pour ainsi dire d'un coup d'œil, comment le premier s'est maintenu et comment le dernier s'est introduit.

Avant d'aborder le récit des vicissitudes que le principe des licitations a traversées, je dois développer quelques considérations générales qui feront comprendre toute l'utilité que l'on peut retirer de ces explorations particulières des principes du code civil, à quel système je rattache les études qu'elles comportent, et quelles vérités déjà nous pouvons déduire tant des faits constatés dans l'article précédent que de ceux qui nous seront révélés par l'histoire des licitations.

La première observation que présente à l'esprit l'étude des combinaisons du droit féodal et du droit romain, est que celui-ci s'est constamment introduit dans la jurisprudence des fiefs, par ses décisions sur les contrats, sur leur dénomination,

(1) V. les considérations historiques sur les droits de mutation en ces matières, au *Traité des droits d'enregistrement*, et, dans l'article précédent, l'origine de l'art. 1108

sur leurs effets, sur leur interprétation et sur l'exécution qu'ils doivent recevoir; puis à la suite, et comme par une brèche, il a fait successivement pénétrer des principes étrangers aux conventions.

Quant à la vérité de cette remarque, elle ressort déjà des faits recueillis dans mon premier article, plus encore de ceux que contiendra l'histoire des licitations; l'examen des diverses dispositions du code que je me propose d'explorer, ne permettra pas d'en douter

Quant à ses conséquences, elles sont immenses; cherchons à en découvrir et à en signaler quelques-unes.

Pourquoi le premier point de contact entre le droit féodal et le droit romain a-t-il été la matière des contrats? La cause en est facile à reconnaître : c'est que le fief, base primitive, origine et cause de tout le droit qui s'y rattache, est un contrat : *feudum est contractus.*

Mais ce contrat n'a pas pris sa source dans le droit romain. Quoique de nombreux feudistes en reportent l'origine à des temps bien reculés (1), il est certain qu'il n'a pris naissance et que son usage ne s'est établi que postérieurement à la rédaction des lois romaines, qui dès lors ne peuvent être appelées à le régir directement

C'est un point reconnu par tous les feudistes coutumiers, quoiqu'ils se soient constamment écartés de la règle qu'ils en ont déduite : *Omnino recurrendum est ad jus commune*, dit Dumoulin (2), *sed jus illud commune Romanorum, non est jus commune nostrum... porro nihil ineptius, quàm quod juvenes quidam inexperti recens a scholis reversi, scholastica italorum doctorum argumenta adducunt, videlicet statuta strictè et ad verborum proprietatem intelligenda*.. Il faut voir d'Argentrée (3), plus jaloux encore du droit de sa patrie, rejeter l'autorité du droit romain, et repousser la doctrine des auteurs italiens qui, reconnaissant son empire, prétendaient y soumettre le monde féodal. Chanteau-Lefèvre, non moins historien que jurisconsulte, confirme cette observation : « Cette contradiction, » dit-il en parlant de la défini-

(1) Le traité *de feudis* du célèbre jurisconsulte anglais Craig, commence ainsi *Post diluvium illud universale* — et l'auteur y rattache l'origine des fiefs.
(2) Tit. 1. des fiefs, n° 105 et suiv.
(3) Titre des fiefs, préliminaires.

tion même donnée du fief par les commentateurs, « provient
» non par faute de science, mais pour s'être voulu trop forte-
» ment attacher au droit romain, pour en tirer une chose qui
» lui était inconnue. Le droit des fiefs a été introduit par des
» peuples que les Romains tenaient barbares, lesquels ont
» fait connaître une nouvelle manière de posséder les héri-
» tages... (1). »

Les monuments qui nous restent des temps où les institutions féodales se régissaient par leurs propres règles, confirment la doctrine des feudistes, en attestant combien ces règles étaient étrangères au droit romain. Mais gardons-nous, à cet égard, d'une erreur commune à presque tous ceux qui ont écrit sur cette matière; fixons-nous sur les dates et ne confondons pas les époques. Souvent, pour constater l'origine des fiefs, on cite des actes d'un temps où le système féodal, loin de prendre naissance, mourait de vétusté. L'éloignement rapproche les distances à l'esprit comme aux yeux, et rien n'est plus commun que de voir traiter en événements contemporains la rédaction des lois saliques ou ripuaires et les capitulaires de Charles le Chauve, quoique ces actes soient séparés par plus de deux siècles (630 à 868). Or, qu'on y réfléchisse, quelles immenses modifications n'ont pas dû recevoir, dans le cours de deux cent trente ans, des institutions informes régissant un territoire nouvellement conquis, des populations diverses et mêlées, des régions constamment dévastées par des guerres où l'on détruisait tout, jusqu'à l'existence des villes et la surface du sol? Quel établissement politique aurait résisté à de pareils éléments de ruine et de renversement? Que l'on explore l'histoire des peuples les plus sagement constitués, l'on verra quels changements se sont opérés, pendant cet espace, dans leurs lois, dans leurs mœurs, dans leurs usages, et l'on sera frappé des erreurs immenses que doit entraîner la confusion des temps et des époques.

L'origine des institutions féodales remonte au huitième siècle; c'est du moins à cette époque que l'on commence à rencontrer les éléments du contrat converti ultérieurement dans la convention du fief; les 10e, 11e et 12e siècles nous présentent l'Europe presque entièrement soumise aux effets de cette

(1) De l'origine des fiefs, liv. 1, p. 5. *Voyez* mon premier article

stipulation dominante alors et dont on retrouve les traces et le caractère dans tous les actes concernant la propriété. Plus tard les modifications qu'elle n'a jamais cessé de recevoir, la dénaturent et la mélangent de principes étrangers. C'est donc aux monuments qui nous restent de ces siècles qu'il faut s'attacher pour reconnaître le droit véritablement féodal et les règles qui le constituaient.

Les établissements de saint Louis et les écrits contemporains du règne de ce prince ne nous apprennent que le droit de son époque; l'état où l'avaient placé les événements précédents, parmi lesquels figurent trois croisades, l'affranchissement des communes et la constitution des bourgeoisies, n'était plus et ne pouvait plus être celui que lui donnaient les dominations guerroyantes et personnelles des seigneurs féodaux. Déjà près de deux siècles l'avaient ébranlé du choc de leurs événements; le régime des fiefs transigeait avec la puissance royale et avait accepté de graves modifications.

Les institutions importées en Angleterre par Guillaume le Conquérant, les coutumes normandes que lui-même avait fait constater à l'exemple de ses prédécesseurs, me semblent offrir bien plus sûrement les véritables caractères de la législation des fiefs, sous le rapport de ses sources et de son origine. Là un intérêt puissant et conservateur la défendait de tout mélange étranger (1), et dut écarter pendant longtemps les altérations qu'elle subit ailleurs, où rien ne la préservait des tiraillements et des progrès auxquels ne peut échapper aucun établissement politique. Or ces institutions, si précieusement conservées jusqu'à nous, ne laissent apercevoir aucuns liens qui les rattachent à la loi romaine; les rédacteurs ne la rappellent jamais.

Qu'avait-elle, en effet, à faire dans une matière si éloignée de ses prévisions? comment aurait-elle pu régir un système de propriété si différent de celui que ses auteurs avaient en vue et voulaient régler? Son intervention ne pouvait apporter dans ces choses nouvelles que du trouble et du changement; nous lui reconnaîtrons bientôt ce caractère et ces effets. Partout où la volonté de maintenir se trouva ferme et puissante, la légis-

(1) L'institution de l'échiquier normand avait pour objet de conserver les règles constitutives des fiefs dans toute leur pureté. V. sur ce point les savantes observations de Houard sur les lois anglo-normandes.

lation des empereurs de Constantinople fut repoussée des terres féodales. Le systéme qui les régissait, a jeté sur le sol de l'Angleterre, des racines d'autant plus profondes, qu'il y avait été transplanté, déjà grand et raisonné, par une main habile et prévoyante. Vainement les rois, ambitieux d'un pouvoir autre que celui qu'il leur conférait, se sont efforcés plus tard d'en altérer les principes, en y faisant penétrer des régles empruntées au droit romain, les barons anglais, jaloux de leurs droits et de leurs libertés, ont opposé une résistance que les temps suivants n'ont pu vaincre. A la même époque où Louis IX, en France, faisait agir la loi romaine dans ses établissements, Henri III tentait inutilement, en Angleterre, un pareil mélange; les seigneurs ne souffrirent point cette altération du droit territorial. « Nous ne voulons pas, disaient-» ils, *changer* les lois du royaume, que l'usage a approuvées » jusqu'à nous (1). »

C'est donc un fait acquis et constaté dans l'histoire du droit, que la législation des fiefs ne doit ni son origine, ni ses règles primitives au droit romain, quelle que fût l'autorité de ce droit, dans les autres matiéres, à l'époque où les institutions féodales ont pris naissance. C'est également un point certain que prés de deux siecles se sont écoulés avant que les monuments qui nous révélent le droit de ces temps obscurs fassent mention de la loi romaine et supposent son intervention dans la jurisprudence. Il est inutile d'insister plus longtemps sur une observation dont on retrouve la justification dans tous les monuments qui peuvent être sûrement consultés, que les feudistes modernes ont reçue et nous ont transmise comme une tradition dont la vérité n'a jamais été sérieusement contestée, et que d'ailleurs l'examen d'un grand nombre de principes consacrés par le code, justifiera pleinement.

Ce qui était vrai à l'égard du droit romain, ne l'était pas moins du Livre des fiefs et des constitutions lombardes; une vive controverse a duré plusieurs siècles sur l'autorité qui leur appartenait. Les jurisconsultes des provinces germaniques, croyant y voir le fondement du droit féodal, parce que c'était le plus ancien ouvrage qui en eût traité (2), préten-

(1) Houart, Discours préliminaire, p. 43.

(2) Cependant les auteurs mêmes de ces livres ne le donnent que comme le recueil d'anciens usages, *antiquissimum jus*, et, en effet, ces usages, en considérant

daient que tous les fiefs en étaient dérivés, et qu'ils y trouvaient leur principe et leurs règles fondamentales, en quelque lieu qu'ils fussent situés. Mais les légistes français étaient loin d'admettre cette doctrine et faisaient peu de cas du Livre des fiefs. D'Argentrée en parle avec une grande irrévérence : *Nec quæ Mediolani somniarunt Obertus et Gerardus* (1), *eadem nobis probantur* (2).

A cette occasion, les caractères propres du droit des fiefs, et par suite de la législation féodale, ont été profondément analysés.

Le fief est un contrat, disent en substance les feudistes coutumiers, ayant, comme toute convention, des conditions substantielles, naturelles et accidentelles : *contractus feudi quædam ut aliorum omnium contractuum, substantialia esse, quædam naturalia, quædam accidentalia* (3).

C'est l'ensemble de ces conditions qui forme le droit du fief, la loi qui le régit; car les conventions sont naturellement la loi de ceux qui les ont faites.

Ainsi le véritable texte de la loi féodale, c'est l'acte constitutif du fief; son esprit, c'est la volonté des contractants, volonté d'autant plus libre, qu'au temps où le territoire se divisa de la sorte, aucune disposition dominante ou impérieuse n'était intervenue et n'avait imposé au contrat des règles, des définitions, des limites ou des bornes qui le fissent sortir comme d'un moule, en tout semblable aux contrats de même espèce.

Que si le texte primitif s'est égaré, il faut y suppléer par les reconnaissances qui le remplacent; à leur défaut, par l'exécution qu'il a reçue.

Que s'il est obscur et incomplet, on doit l'interpréter par ce qui a été stipulé dans les fiefs émanés du même seigneur.

l'époque des premiers temps de la féodalité, pouvaient alors avoir deux siècles d'existence

(1) Le livre des fiefs est compris dans la collection des lois romaines ou *corpus juris civilis*, tous les commentateurs en ont parlé et il a été l'objet d'un nombre considérable de traités spéciaux. On l'attribue généralement à Obertus de Orto et Gerardus Niger, jurisconsultes milanais qui l'auraient rédigé, par ordre de Frédéric Barberousse, vers 1152. On a beaucoup discuté sur leur source et même sur leur authenticité

(2) Des fiefs, tit. préliminaire, n° 2

(3) D'Argentrée, *ubi suprà*; les règles qui suivent se trouvent dans tous les commentateurs qui ont écrit sur les fiefs, il n'en est pas un qui ne les exprime plus ou moins explicitement

Que si les conventions passées par celui-ci sont insuffisantes, il faut remonter aux conditions qu'il a reçues de son supérieur, car il est naturel qu'il les ait également imposées à son inférieur.

Que si les constitutions du fief principal ne contiennent pas la solution, il faut remonter à celles qui régissent la généralité des grands fiefs formant le droit commun entre eux, parce qu'ils émanent d'une source commune, le roi, souverain fieffeux du royaume.

Que si, enfin, le droit du royaume est insuffisant, on peut consulter celui des pays voisins, sur un contrat de même nature ou du moins de nature analogue, et aussi les constitutions féodales recueillies par les jurisconsultes étrangers, les maximes des censives et même celles des emphytéoses, telles qu'elles sont constatées et suivies.

Telle est la régle générale d'interprétation et d'application du droit des fiefs, issue d'une controverse à laquelle ont pris part tous les jurisconsultes des 15e et 16e siecles, qui se sont occupés de ces matières, résumée comme un principe acquis à la jurisprudence par Dumoulin et d'Argentrée, reproduite enfin dans tous les écrits des feudistes.

Cette régle fait clairement concevoir pourquoi les contrats ont été le lien naturel et premier du droit féodal et du droit romain. Lorqu'on eut remonté jusqu'aux usages généraux des fiefs, la dernière ressource d'interprétation fut épuisée; il fallut bien en trouver une autre, et les jurisconsultes la cherchérent dans les décisions de la loi romaine. Or, les questions féodales consistant naturellement à savoir quelle étendue, quelles limites, quelle interprétation devait recevoir la convention, c'était sur les conventions, sur leurs effets, sur leurs suites naturelles que le droit romain devait être interrogé (1). « Quoique les fiefs, dit Hervé (2), ne nous viennent pas des » Romains, les principes qu'ils nous ont transmis sur les con» ventions et les contrats, ont néanmoins leur application à » la concession en fief, puisque c'est un contrat. » Et Poquet de Livonieres, d'aprés Dumoulin : « En dernier lieu, on peut

(1) Les jurisconsultes romains expliquent admirablement la théorie des contrats, et sur ce point leurs enseignements sont le droit de tous les temps et de tous les pays; ils en ont fait une science acquise à l'humanité

(2) *Théorie des matières féodales*, tom. 1, pag. 388.

» tirer en argument et en conséquence, les principes d'équité,
» établis par le droit romain, en tant qu'ils sont conformes à
» la droite raison et qu'ils peuvent convenir à nos mœurs et à
» nos usages (1). »

On a sans doute été frappé de la similitude que présentent les règles d'interprétation du contrat féodal et celles que les jurisconsultes suivaient dans l'application de tout le droit coutumier. Même ordre, même succession, même point de départ, même recours définitif à la loi romaine.

C'est qu'en effet entre les matières purement féodales et celles qui font l'objet des coutumes écrites, il existe un lien intime, une source commune, le contrat de fief.

C'est du contrat de fief que dérivent toutes nos règles coutumières relatives aux successions, aux transmissions et aux conventions matrimoniales, c'est-à-dire tout ce qui concerne la propriété territoriale. *Franci et Galli*, dit Dumoulin, tit. 1, n° 107, *semper habuerunt consuetudines, præsertim in successionibus, hæredius, lucris nuptialibus, feudis, censibus, prorsus discrepantes à jure romano.* Et cela est vrai; sur toutes ces matières les droit coutumier contenait des principes qui ne devaient leur origine qu'aux stipulations féodales.

Vainement, par exemple, on s'épuise à trouver dans les constitutions romaines ou dans les lois germaniques, l'origine des règles héréditaires, si variées dans notre ancien droit. A peine y rencontre-t-on quelques expressions isolées que l'on détache du texte qui l'environne pour le lier aux dispositions coutumières. Plus vainement encore fait-on dériver celles-ci de quelques mots puisés dans les récits de César, ou dans le tableau tant soit peu romanesque que Tacite a tracé des mœurs germaines; on n'arrive à rien de satisfaisant pour un esprit sérieux. Quelque ingénieux que soient ces systèmes, ils cèdent à cette seule réflexion : c'est qu'une loi unique et générale ne peut pas avoir produit tant de résultats divers et opposés. Là l'exclusion des filles, là leur appel à la succession; ici la représentation collatérale, là son rejet; sur un territoire la division des lignes, et dans la seigneurie voisine leur confusion. Comment, d'une même source, auraient pu découler tant de règles dont à peine deux sont entièrement

(1) *Traité des fiefs*, chap. 1.

semblables? D'ailleurs si ces lois ont produit une maxime, elles n'ont pu créer la maxime contraire; alors d'où vient celle-ci?

Il existe évidemment à ces législations locales, si nombreuses et si variées, des causes également multiples et diverses. Or, que l'on consulte les premiers monuments du droit féodal, et ces causes deviendront manifestes.

Les formules de Marculphe nous offrent l'exemple de la conversion d'un alleu en bénéfice (1); dans ce contrat, le propriétaire d'un alleu le résigne aux mains du roi pour le tenir de lui en bénéfice, et stipule la possession à ce titre, non-seulement pour lui pendant sa vie, mais encore pour ceux à qui il voudra le transmettre héréditairement : *Post suum decessum*, SICUT EJUS ADFUIT PETITIO. Il se réserve le droit d'en disposer comme il le jugera convenable : *Suis posteris aut cui voluerit ad possidendum relinquat.* Dans ce cas, ses successeurs ne tiennent plus leur droit de la loi, quelle que fût celle à laquelle le nouveau feudataire ou le territoire étaient soumis. La transmission n'avait plus d'autre cause que la convention. Les contractants, sans doute, pouvaient, dans les stipulations de l'acte constitutif, se conformer aux règles du droit en vigueur à l'égard des successions ordinaires; mais il est évident aussi qu'ils pouvaient s'en écarter (2).

Or, c'est ce qui arriva nécessairement lorsque plus tard les constitutions de fief eurent lieu du propriétaire du domaine au vassal; le premier faisait au second une concession dont il pouvait déterminer les conditions suivant son intérêt. Longtemps ces stipulations ne comportèrent pas l'hérédité (3); lorsqu'il devint d'usage d'en insérer la convention, on la modifia; chacun la stipula comme il le jugeait convenable, et fit les arrangements les plus avantageux qu'il put obtenir.

« Les conditions des actes, dit Houard (4), déterminaient

(1) *Praeceptum de lanuverpo per manum regis*, liv. 1, form. 13. Marculphe vivait au 7e siècle.

(2) Il était d'usage qu'en l'absence d'une disposition expresse la transmission héréditaire du fief n'était pas réglée par le droit commun des successions, mais par les règles usitées dans les concessions féodales. Tout ce qui concerne l'hérédité n'est indiqué ici que comme exemple et doit trouver son développement sous les art. 745 et suiv. du Code civil.

(3) La patrimonialité des fiefs subalternes ne s'est établie que fort tard et n'a pas eu, comme celle des grands fiefs, l'usurpation pour cause. Voy. mon premier article.

(4) Observations sur les Instituts de Littleton, chap. 1, sect. 4. *De fée simple.*

» seules la manière de succéder aux fiefs formés du domaine » des seigneurs, et de là tant de diversité entre nos coutumes. » Chaque pays a fait, des conditions les plus usitées par les » seigneurs de son ressort, une règle générale de succéder. » Dans les lieux où les seigneurs inféodaient plus fréquemment sous la condition que les inféodations ne sortiraient » point de la ligne du tenant, on a donné comme l'ordre » commun de succéder la distinction des lignes paternelles » et maternelles. Ces deux lignes, au contraire, ont succédé » concurremment et subsidiairement aux fiefs dans les provinces où les seigneurs étaient dans l'usage de céder leurs » fiefs, non-seulement à l'homme et à la femme, mais encore » à leur postérité sans distinction de ligne. »

Ce que fait observer Houard est une règle constatée par les anciens feudistes : *Secundùm usus feudorum*, dit Guy Pape, *quest.* 59. *mulieres non succedunt in rebus feudalibus, nisi hoc pacto feudum fuerit acquisitum ut etiam filiæ succedant.* Est-ce donc à cause de la loi salique que les femmes sont généralement exclues de la sucession des fiefs? Non, sans doute; cette loi n'avait rien à voir dans la convention des parties : *ratio est*, dit Ferrerius, *quia non possunt dominum juvare, nec pugnam facere* La cause de l'exclusion est dans l'objet du contrat, savoir le service militaire; c'est par le même motif que, de règle générale, les ascendants ne succédaient pas, ni les héritiers atteints d'une infirmité grave ou incurable (1). Ces stipulations exclusives devaient souvent se rencontrer; mais le contrat de fief pouvait aussi contenir la convention contraire; l'on ne suivait pas partout la maxime que les femmes n'héritent point aux fiefs; alors le seigneur avait autrement veillé à ses intérêts, en se réservant le droit de marier l'héritière à son gré ou de garder le fief tant qu'elle serait veuve ou célibataire.

La stipulation féodale était donc susceptible d'instituer tous les systèmes héréditaires; ils ont pu tous en dériver, tandis que les lois antérieures n'auraient maintenu que celui qui leur était propre. Toute terre inféodée se trouva d'ailleurs soustraite, par la convention, aux règles de ces lois; ce fut du contrat primitif, et de lui seulement, que les héritiers tinrent

(1) V. les feudistes et surtout Balde, qui écrivait à une époque où le régime féodal avait encore son caractère primitif.

leurs droits; pour les connaître il fallut consulter son texte, les clauses qu'il contenait, la volonté expresse ou implicite des parties. La science du jurisconsulte, en matière de succession, ne consista plus que dans l'art d'interpréter le titre féodal, dans la connaissance du sens qu'il fallait attacher à telle ou telle expression; et c'est, en effet, ce que confirment les institutes de Littleton et l'ancien coutumier de Normandie; *tels parols* déterminent telle hérédité, telles autres l'établissent différemment, et c'est dans leur interprétation que consistent toutes les règles qui sont recueillies.

Or, cette interprétation, quand il s'agit de l'hérédité ou des droits de la famille sur le bien inféodé, n'eut pas à suivre d'autres règles que lorsque l'objet de la contestation était un service ou une redevance à payer au seigneur: il fallut toujours recourir, en premier lieu, aux actes semblables émanés de lui, aux conditions qu'il avait reçues de ses supérieurs, enfin à la règle imposée par le chef suprême de la hiérarchie féodale, c'est-à-dire, qu'en toute matière coutumière on dut consulter d'abord la coutume locale, puis celle des localités voisines, puis celle de la province, puis le droit commun des coutumes, puis enfin la loi romaine, raison écrite qui vint en dernier lieu prêter son appui à l'intelligence de l'acte constitutif de l'association féodale.

Ainsi la règle générale dans toutes les matières coutumières est identiquement la même que la règle particulière aux droits féodaux proprement dits.

De là cette observation caractéristique du droit coutumier, c'est qu'en tout ce qu'il prévoit et règle, il consiste uniquement dans l'interprétation d'un contrat. Remarquez-le bien, la coutume n'est pas la loi, elle n'en est que l'explication. La loi, c'est le titre primitif; c'est à lui et à lui seul qu'appartient la puissance qui régit et commande; c'est à lui qu'on obéit, c'est sa volonté qu'on recherche et que la coutume fait connaître.

C'est une vérité trop importante pour qu'il ne soit pas nécessaire d'en chercher la confirmation dans un autre ordre de réflexions.

On n'a pas assez attaché d'importance, dans l'étude de nos origines, à l'extinction de l'autorité suprême, aux mains des derniers descendants de Charlemagne, ce ne fut pas seule-

ment la fin de l'empire d'Occident, mais encore la dissolution entière de l'organisation sociale telle que l'avaient créée ou consolidée les premiers rois de la seconde race. Il n'exista plus d'institutions publiques, plus de liens entre les diverses parties et les habitants du territoire. Les hommes et les choses ne furent réunis que par la convention du fief, tout ce qui ne fut pas fief fut indépendant et ne reconnut aucune autorité supérieure. De là cette souveraineté des villes qui ne se trouvèrent pas comprises dans les terres afféagées, et plus remarquablement la royauté de l'alleu.

Sous les princes de la première et de la seconde race, les alleus existaient; mais leurs possesseurs, liés et sujets aux pouvoirs généraux qui régissaient la société, payaient l'impôt, devaient le service militaire, et par suite avaient droit à la justice des tribunaux communs. Mais sous les successeurs de Hugues Capet, on ne retrouve plus de trésor public, plus de justice nationale. Les rois n'ont d'autorité que dans leurs fiefs et sur leurs vassaux. C'est en qualité de feudataire seulement qu'un homme, habitant les terres de France, doit une redevance ou le service militaire; mais il ne les doit qu'à son seigneur, et celui-ci lui doit la justice. Ces obligations réciproques étaient dans le fief, dérivaient de sa nature et de ses conditions et ne l'excédaient point. Pour quiconque n'était pas seigneur ou vassal, il n'existait ni justice, ni devoirs, ni soumission envers qui que ce fût.

L'histoire est pleine de faits attestant l'indépendance absolue des propriétaires d'alleu, pendant toute la durée du régime féodal pur et libre de la domination royale. Il prétendirent ne relever de personne, ils n'acquittèrent nul impôt, refusèrent toute charge, et ne reconnurent aucune autorité toutes les fois qu'ils furent assez forts pour soutenir leurs prétentions.

Les faibles, incapables de défendre leur propriété qu'aucune institution ne protégeait, et de se rendre eux-mêmes la justice qu'ils n'avaient à réclamer d'aucune puissance, se placèrent volontairement dans les liens du fief et achetèrent le droit à la protection, au prix des devoirs et des reconnaissances féodales. Mais ceux qui purent lutter avec avantage contre leurs voisins, se maintinrent libres, et la puissance royale, dans ses efforts pour se reconstituer, n'eut pas moins de

peine à réduire les possesseurs d'alleu que les seigneurs féodaux

Ces derniers même semblaient plus voisins de l'assujettissement auquel on tendait, à cause du lien qui les plaçait dans une dépendance hiérarchique et dont les avocats du pouvoir ne pouvaient argumenter contre les possesseurs d'alleus. Il fallait que les prétentions de ces derniers eussent une grande réalité, même aux yeux de ceux qui les attaquaient, pour avoir si longtemps résisté, d'abord à la guerre que leur firent les seigneurs et qui se termina par la règle *point d'alleu sans titre*, et plus tard à celle du pouvoir royal. Sans doute on a vu dans l'histoire des ambitions, surgir des prétentions insoutenables et contraires à toute justice; mais elles n'ont eu qu'une existence éphémère; elles ont promptement cédé à l'empire du vrai droit, elles n'ont pas, comme celles des possesseurs d'alleu, subsisté pendant des siècles en présence d'intérêts cherchant activement à la renverser (1). D'habiles légistes ont combattu, par de nombreux écrits, la liberté des alleus, la seule que le système féodal ait enfantée. Une vérité ressort de leurs raisonnements et surtout de leurs récits, c'est que l'indépendance de ces biens avait la même cause et la même source que le pouvoir du fief, et que l'un ne pouvait reprocher à l'autre une usurpation à laquelle lui même devait l'existence. Galand, dans son savant traité du franc-alleu, justifie singulièrement ces réflexions, et cherchant à prouver, par un volume d'arguments, la sujétion des alleus à l'autorité du roi.

« Plusieurs seigneurs, dit-il (page 13), possesseurs de francs-alleus, *s'étant soustraits à la justice du roi*, ont formé des *souverainetés* en leurs terres, dont les effets, souvent funestes, n'ont été que trop sensibles. Puis il raconte, entre autres exemples, l'*insolence* d'un alleutier, qui, lorsque l'empereur Frédéric Ier passa sur ses terres et devant lui, « ne se leva ni ne le salua; mais seulement par forme de courtoisie, remua son chapeau. » Et l'empereur s'étant enquis de ce manque de respect d'un habitant de l'empire, il lui fut ré-

(1) « Une pure erreur, dit Hervé, à l'occasion d'un autre principe féodal, tom. 1, » p. 404, ne se perpétue point pendant un siècle, et surtout une erreur qui tombe sur » des faits extérieurs habituels. »

pondu « que ce personnage était si franc et si libre, qu'il ne rendait à aucun hommage ni redevance. »

Cette affaire se termina par une transaction dans laquelle l'alleutier conserva le droit de battre monnaie et se soumit seulement à l'hommage. Tous, sans doute, ne furent pas assez puissants pour obtenir une capitulation aussi honorable et maintenir leur prérogative entière; mais tous la réclamèrent et ne la perdirent que par la force des événements et l'ascendant de l'autorité royale reconstituant des institutions publiques. C'est même une chose remarquable que la variation des moyens de réunion, employés par les rois, suivant la progression de leur pouvoir. Aux 12e et 13e siècles, on les voit acheter la soumission des alleus (1); au 15e, ils emploient la violence et la force des armes; au 17e, ils étouffent les derniers cris des vaincus sous les voix des légistes. « Les seigneurs domaniaux de Commercy, les ducs de Bar et quelques autres *sous couleur de francs-alleux*, avaient autrefois conçu des titres de souveraineté, *anéantis par la vigilance de nos rois, lesquels ès années* 1301 *et* 1444 *se transportèrent* EN PERSONNE *sur les lieux et portèrent les esprits des seigneurs à la raison* (2). » Qu'on lise avec cette pensée les écrits de Galand, de Bacquet, de Chopin et de Loyseau, et l'on sera facilement convaincu que la liberté de l'alleu fut un principe inhérent à la nature du régime ou plutôt de l'anarchie féodale, et que les biens de, cette espèce n'ont subi la domination royale et ne sont devenus terres du royaume que par droit de conquête.

Il n'existait donc à cette époque, qu'a duré plus d'un siècle et pendant laquelle se sont formés les éléments du droit coutumier, d'autre lien social que l'engagement dérivant du contrat de fief. Les conventions sont, en présence de tous les événements, une loi pour ceux qui se les sont imposées; mais on se tromperait gravement si l'on supposait à cette loi, dans les temps dont nous parlons, le caractère qu'elle reçoit aujourd'hui de la puissance publique qui en garantit l'exécution. Dans ces jours de transition d'un ordre détruit à un ordre nouveau, aucune autorité supérieure ne sanctionnait les obli-

(1) V. les chartes de 1220, 1240 et 1272, analysées par Galland, p. 15 et 16, et le Traité du 2 janvier 1307, entre Philippe le Bel et l'évêque de Viviers, tom. VII, p. [illegible] des Ordonnances du Louvre. Dans tous ces actes, la liberté de l'alleu est rappelée: *licet terram suam à nemine tenere, sed eam habere allodialem noscantur.*

(2) Galland, p. 13.

gations; elles étaient toutes ce que sont aujourd'hui celles auxquelles la loi civile refusa son appui, des obligations naturelles. Le contrat féodal lui-même n'avait pas d'autre efficacité; ce que manifeste clairement la maxime : « Entre le seigneur et son vassal, il n'y a de juge fors Dieu. » Sans doute de cette association entre deux hommes, inégalement puissants, résultaient des abus au préjudice du second, ordinairement le plus faible, abus que constate cet autre adage : « Seigneur de beurre mange son vassal d'acier. » De la même cause aussi devait naître, plus vive encore que d'ordinaire, cette haine qui si souvent se place entre deux associés; en cela le régime féodal portait avec lui le germe de sa destruction. Cependant la force des choses voulait que le seigneur remplit exactement ses engagements et ses promesses, autrement il n'eût pas trouvé de vassaux, mais des esclaves (1). En l'absence d'une police supérieure à sa volonté, le seigneur donnait pour garant sa loyauté; en retour, il recevait le serment de fidélité, deux vertus exaltées dans les idées de cette époque, parce que d'elles seules dépendaient le maintien des conventions et par suite la puissance, le bien-être et l'existence sociale.

Peu à peu cette position respective se modifia; les rois, profitant habilement de leur supériorité hiérarchique, s'interposèrent entre les seigneurs et leurs vassaux; d'abord avec réserve et n'usant que du pouvoir de reprocher impunément aux premiers leur manque de foi envers les seconds, plus tard les contraignant à remplir leurs engagements. Les vassaux inférieurs, trouvant une autre garantie que la loyauté de leur seigneur, la préférèrent comme plus sûre et d'ailleurs plus propre à les mettre à l'aise dans les liens d'une fidélité corrélative et gênante; ils s'adressèrent en foule aux tribunaux du roi, qui se trouvèrent ainsi appelés à statuer sur les contestations relatives au fief, et durent prononcer sur toutes les difficultés que sa constitution faisait naître. Il s'agit, comme auparavant, d'interpréter la convention féodale, d'en reconnaître les stipulations, de les expliquer, de suppléer à leur silence; les obligations naturelles du vassal et du seigneur prirent quelque chose de l'obligation civile, mais elles

(1) On a souvent confondu les vassaux avec les *serfs*, les colons et les vilains; c'est une erreur grave : le vassal et le seigneur étaient deux hommes égaux, contractant librement, et parfois le premier fut plus puissant que le second.

eurent toujours la même cause, la même source, le même titre, savoir le contrat qui seul avait formé le lien qui les unissait.

Ce fut alors que les rois entreprirent de faire constater par écrit les coutumes suivies dans les diverses localités du royaume; c'était un acte exorbitant de leur puissance féodale; aussi éprouva-t-il une grande résistance, et le pouvoir royal dut encore se consolider pendant plus d'un siècle avant d'exécuter ce projet. Lorsqu'il se réalisa, ni les seigneurs, ni le roi lui-même, n'entendirent créer une loi, mais seulement recueillir les usages existants, et c'est dans cet esprit qu'elles furent rédigées. Elles conservèrent donc le même caractère qu'elles avaient auparavant, c'est-à-dire qu'elles ne furent et ne purent être encore que l'interprétation du contrat primitif. Le roi se portait juge et non législateur, les coutumes devaient diriger la justice, la rendre stable et moins sujette à l'erreur ; mais les tribunaux conservaient le droit d'interpréter différemment la convention féodale, si une raison de décider, plus convaincante que l'exécution, se présentait à leur esprit. De là ces modifications apportées par la jurisprudence aux dispositions les plus précises des coutumes et dont on a vu des exemples dans le précédent article.

Les rédacteurs des coutumes n'oublièrent jamais leur origine et leur caractère ; sauf quelques dispositions introduites en conséquence des pouvoirs nouveaux qui s'élevaient dans la société, et révolutionnaires relativement au droit des fiefs, la loi suprême des parties, la règle première des localités, fut, à leurs yeux, le titre constitutif du fief, la convention passée entre ses fondateurs et les conditions qu'ils approuvèrent.

C'est donc une grave erreur, dans l'étude de notre droit ancien, que d'en rattacher les règles à des bases générales, dont les dispositions particulières auraient dérivé. Toutes ses prescriptions, au contraire, sont spéciales et n'ont qu'un territoire qu'elles régissent directement, hors de là, elles n'ont plus qu'une puissance interprétative et d'induction. La règle la plus forte, la plus impérieuse, la plus véritablement loi, est la plus étroite, celle qui n'embrasse qu'un fief ; c'est la convention même et son texte.

C'est cependant l'erreur de tous les esprits qui cherchent à généraliser dans l'histoire, erreur si commune qu'à peine si

j'ose la qualifier ainsi cependant je ne suis pas le premier qui l'ait fait : « La cause, dit Chantereau-Lefevre (1), qui a » rendu inutiles les spéculations de tant de grands personnages » qui ont travaillé sur cette matière, est qu'ils ont voulu tirer » des règles certaines et générales de principes les plus in- » certains et *les plus particuliers* que l'on saurait imaginer. » C'est une trop grande entreprise que de vouloir réduire » en un corps toutes les différentes especes de fiefs, *qui sont* » *plutôt des individus que des espèces.* »

Les travaux des jurisconsultes du 18e siècle, résumés dans le Code civil, et dont le but était de soumettre la France à un droit unique, ont fait perdre de vue la nature contractuelle du droit coutumier. Tous leurs efforts, d'ailleurs, tendaient à s'en éloigner, la même préoccupation qui leur faisait voir dans les rois et leurs prédécesseurs l'image du pouvoir absolu des empereurs romains, leur montrait les coutumes comme des lois sanctionnées par ce pouvoir ; la loi municipale avait à leurs yeux la même nature qu'une loi de Justinien ; ils admettaient un droit commun et rattachaient l'autorité de ce droit à la puissance royale. Souvent contrariés dans leurs idées par des monuments dont l'existence démentait leur système, il les tournaient s'ils ne pouvaient les renverser ; surtout ils fermaient les yeux sur les origines et franchissaient dix siècles de notre histoire pour arriver à cette législation qui convenait à leur but et sympathisait avec les besoins de leur cause.

Cependant il serait facile encore, aujourd'hui, de démontrer pour la plupart des règles qu'ils offrent comme droit civil et commun, une origine particulière et conventionnelle ; on pourrait encore, pour quelques-unes, indiquer le contrat même dont elles sont issues. Quelle loi fut plus générale que l'impartialité des fiefs de dignité ou l'inégalité dans les partages nobles ? c'était la loi civile d'une classe nombreuse et longtemps la seule qui comptât dans la législation féodale. On a vu leur origine dans mon précédent article ; ce sont l'assise du comte Geoffroy et la convention de Philippe-Auguste avec ses barons ; or le caractère de ces deux actes n'a rien d'incertain ; ce sont des contrats, clauses additionnelles à l'acte

(1) De l'origine des fiefs p. 2

constitutif du fief, obligatoires d'abord uniquement pour ceux qui les avaient souscrites (1), puis, avec le temps, considérées comme supplément naturel dans les conventions qui ne les portaient point.

Tel était donc le véritable caractère de la législation coutumière : ce n'était pas une règle d'action, tracée par un supérieur légitime ; elle ne prescrivait pas, n'ordonnait ni ne défendait, elle interprétait et ne tirait sa force que de la volonté des contractants.

Ainsi, ce que l'examen des faits historiques et l'appréciation raisonnée des événements nous apprennent, les monuments qui nous restent de ces époques constitutives nous le confirment, les jurisconsultes de ce temps nous l'attestent. On y trouve donc tous les signes caractéristiques de la vérité, pouvant servir à la faire reconnaître au milieu de cette profonde obscurité qui place nécessairement dans le domaine des conjectures, tout système sur les institutions des 10e et 11e siècles de notre histoire.

Le droit romain, à cette époque, n'eut pas et évidemment ne put pas avoir plus de force et d'autorité que le droit coutumier ; appelé, comme l'usage, à expliquer le contrat de fief et ses conséquences, il donna, comme lui, son avis, mais le dernier. Son influence ne fut pas la continuation du pouvoir qu'il exerçait au temps de la domination romaine ; toute puissance s'écroula devant la désorganisation d'où sortit le régime féodal. Qu'on réfléchisse au temps qui sépare la chute du pouvoir royal et son rétablissement, et l'on se convaincra que, faute d'appui pendant un si long espace, son empire dut entièrement s'effacer. Les derniers actes qui signalent un pouvoir public datent du règne de Charles le Simple (vers 900), et, jusqu'à l'ordonnance de Philippe-Auguste (1190), on ne trouve rien qui porte un caractère de commandement ; dans l'intervalle on ne rencontre plus que des chartes particulières et des conventions. Trois siècles d'impuissance et une révolution profonde suffisent assurément pour saper jusque dans ses fondements l'autorité d'une législation devenue, même auparavant, étrangère au pouvoir souverain depuis cinq siècles.

Aussi lorsqu'on reconnaît de nouveau les traces de l'influence

(1) V. d'Argentrée, dans son *Avis sur le partage des nobles*

du droit romain, ce droit n'est plus le même : à celui de Théodose, aux modifications mêmes qu'il a subies, a succédé celui de Justinien; mais le premier a régné et commandé; le second n'a jamais été loi du territoire; il n'a pu venir qu'en aide à la législation du pays. Or, cette législation consistait dans un contrat, dans son interprétation, dans son exécution; c'est par ses dispositions sur les contrats que la loi romaine a dû pénétrer dans le droit féodal, et c'est en effet par cette voie que son introduction se manifeste.

Ainsi les observations signalées par les études partielles de nos principes, nous révèlent les premiers pas du droit romain dans le domaine de notre législation coutumière, et le caractère de son influence qui put devenir plus grand, mais non changer de nature. Il faut voir maintenant ses progrès; les mêmes travaux nous les font connaître plus clairement; car ils se rapportent à des événements plus voisins de nous et dont le souvenir est mieux conservé.

Nous avons déjà vu l'abolition des guerres privées, apporter une modification grave dans l'objet des contestations féodales; les droits et devoirs du fief se réduisirent à des obligations pécuniaires et à des formes de reconnaissance. L'interprétation du contrat se proposa de part et d'autre un but nouveau; on chercha des voies différentes, on l'on marcha dans celles qui lui étaient acquises, autrement qu'on ne l'avait fait jusqu'alors.

Dans les premiers temps, l'objet du fief était actuel; le service militaire, ses besoins, ses moyens furent seuls consultés; eux seuls constituèrent l'ensemble des usages, qui formait le droit féodal. La loi romaine y avait naturellement peu de part, quoique récente encore dans la mémoire des praticiens.

Plus tard, quoique plus éloignée des temps de son pouvoir et de ses souvenirs, elle exerça plus d'influence; les hommes du droit ne l'ont jamais perdue de vue; on en trouve la preuve dans les monuments les plus anciens. On pensait alors que la mission de rédiger les lois n'appartenait qu'aux jurisconsultes (*juris periti*); ceux-ci, chargés de résumer l'usage féodal, en l'appropriant toutefois aux intentions du souverain, y ont laissé des traces de leurs études. La loi romaine s'y trouve rappelée, d'abord dans des matières étrangères au fief et que les besoins de ce contrat n'avaient pu régir. C'est d'ailleurs

plutôt comme souvenir que comme autorité qu'elle y figure, et il est facile de reconnaître que son pouvoir était plus grand sur l'esprit des rédacteurs que sur la personne des sujets que le code rédigé devait régir.

Lorsqu'on l'invoqua pour interpréter la convention féodale, elle se prêta facilement, à cause des idées abstraites et générales qu'elle contient, à l'intention du jurisconsulte qui l'appelait en aide, et par suite à celle du pouvoir dont il était le mandataire et pour lequel il travaillait; car il a toujours été dans les fonctions de l'homme de loi de servir un intérêt et de plaider pour quelqu'un. La loi romaine fut donc favorable aux seigneurs tant qu'ils furent forts et nombreux; mais lorsque les vassaux devinrent à leur tour de profitables clients, elle tint un langage nouveau, parce qu'on voulait des choses nouvelles; elle rejeta les décisions qu'elle-même avait rendues, elle eut contre les seigneurs des maximes en faveur des vassaux, comme en faveur de la puissance royale. Bientôt et pour des causes souvent indiquées, elle déborda dans la jurisprudence féodale, cherchant parfois à s'attribuer exclusivement l'explication du contrat et toujours à primer les voies d'interprétation qui naturellement devaient la précéder; elle oublia jusqu'au respect dû au titre primitif, pour lequel les coutumes ne cessèrent jamais d'avoir une vénération filiale, et trahit ainsi son origine étrangère. Enfin elle toucha et envahit toutes les matières du droit; mais toujours la cause première de son introdution dans ce monde nouveau, se maintint apparente : les contrats furent le principal champ de ses succès, comme ils avaient été les premiers objets de son influence, les uns, parce que la convention du fief n'avait pas pu les régler; les autres, parce que cette même convention relevait de leur nature et avait besoin d'interprétation. Dans les écrits de Domat et de Pothier, elle les régit exclusivement, et c'est la seule matière où le droit coutumier disparaît entièrement à leurs yeux. Mais là encore, on reconnaît à la loi romaine, le caractère innovateur et la physionomie d'un intrus; son autorité n'est pas empreinte de vétusté; elle semble un édifice nouveau, quelque anciens que soient les matériaux qui le composent (1).

(1) V., au *Traité des droits d'enregistrement*, nº 1740 et suiv., la preuve que la

C'est pour avoir oublié ce caractère appartenant à l'autorité des lois romaines, dans notre droit coutumier, que les jurisconsultes et même les feudistes modernes ont été conduits à leur supposer un pouvoir plus grand et à leur attribuer ces institutions mêmes, auxquelles pourtant ils les déclarent étrangères. J'en trouve un exemple frappant dans le sommaire du Traité des fiefs de Guyot : cet auteur soutient que le droit romain est la source où l'on doit indispensablement puiser la majeure partie des décisions féodales, et pour le prouver, il fait remarquer que les fiefs ne sont plus ce qu'ils étaient autrefois, *seges ubi Troja*, et que la haute influence de Dumoulin et de d'Argentrée, dans cette matière, n'est due qu'à leur profonde connaissance du droit romain; puis il ajoute : « A cette preuve éclatante de ma proposition, j'en ajoute deux » sans réplique : ce sont les licitations; je le prouve, elles ne » nous viennent que des Romains; ce sont les corvées. Eh! » qui aurait pensé que toutes les corvées que la tyrannie et » l'avarice des anciens hauts seigneurs semblent avoir inven- » tées, sont, comme je le prouve, toutes, sans en excepter » aucune, dans les titres du code et du Digeste. On y trouve » leur nature, leur qualité, leur définition, leurs divisions, » leurs effets, leurs conséquences, la façon de les demander, » de s'en faire servir..., tout en un mot se trouve dans le code » et le Digeste; en sorte que l'on sera convaincu que toutes » ont été, non inventées, mais renouvelées, remises en vi- » gueur par les seigneurs (1). »

Que l'on compare la jurisprudence féodale et la loi romaine, et l'on sera facilement convaincu qu'il n'est pas vrai que les corvées attachées au fief, dérivent du droit romain; elles ne sont ni continuées ni renouvelées, mais analogues. Ce qu'elles ont de semblable, c'est la doctrine à laquelle les jurisconsultes les ont soumises; il est évident que les avocats des seigneurs se sont aidés des décisions romaines pour favoriser les prétentions de leurs clients; c'est là qu'ils ont puisé leurs définitions, leurs divisions, en un mot toute la théorie qu'ils ont édifiée sur la base offerte par la convention. Il est également

vente enseignée par Pothier n'était pas la vente française, et que le Code civil s'en est bien plus rapproché que du droit romain. Cette assertion sera développée dans l'examen historique des art. 1583 et suiv. du Code civil.

(1) Sommaire du Traité des fiefs, p. 4.

manifeste que les défenseurs des vassaux en ont emprunté les dispositions restrictives; mais le pouvoir de loi ne leur a jamais appartenu dans cette matière. Ce n'est qu'aux esprits superficiels tels que Guyot (1) et dans l'oubli de notre histoire, que la loi romaine a pu paraître la cause première des obligations comprises sous la dénomination générale de corvées.

Il en est de même de la doctrine des licitations; elle appartient au droit romain, en ce sens qu'elles sont assimilées au partage; mais c'est une considération empruntée qui ne s'est introduite que fort tard dans le droit coutumier, non par la puissance de la loi romaine, mais par l'influence des jurisconsultes imbus de ses principes et intéressés à les faire prévaloir.

CHAMPIONNIÈRE.

(1) Guyot, avocat très-accrédité de son temps et le plus pauvre esprit qui jamais ait écrit sept volumes in-4o. Cet auteur justifie singulièrement ce que j'ai dit des praticiens, qu'ils s'occupent peu des origines du droit, il les considère souvent comme objet de pure curiosité et sans aucune utilité pour la science; aussi fait-il preuve à chaque instant d'une grande ignorance en cette matière. Son Traité des licitations lui a fait une réputation de jurisconsulte; mais il en est de cet ouvrage comme de son Traité des fiefs, son seul mérite consiste dans l'indication et la transcription fidèle des passages de Dumoulin, de d'Argentrée et des autres auteurs qu'il cite à l'occasion des questions qu'il examine.

COUP D'ŒIL SUR LA LÉGISLATION POLONAISE.

(PREMIÈRE PARTIE.)

—

LOIS NATIONALES.

L'utilité de l'étude de la législation comparée n'est contestée par personne. Or, il existe un pays en Europe, où cette étude a été forcément mise en pratique, car les vicissitudes politiques qu'il a subies, l'ont successivement soumis à l'empire de lois étrangères dissemblables par leur esprit et leurs dispositions. Ce pays, c'est la Pologne.

La Pologne possédait cependant une législation nationale; des lois écrites, remontant à la première moitié du quatorzième siècle et remarquables à plus d'un titre, sont là pour prouver qu'elle a même, sous ce rapport, devancé beaucoup d'autres nations. Nous nous bornerons, dans ce travail, à en donner une idée succincte, qui mette à même d'apprécier les changements introduits par les lois prussiennes et autrichiennes, les ukases russes, et en dernier lieu par le code Napoléon, avec les modifications qu'on lui a fait subir jusqu'en 1830.

Dès les temps les plus reculés, le pouvoir législatif en Pologne était une attribution de l'assemblée des états, appelée Diète, qui plus tard, et nommément en 1504, prit une forme régulière, et se composa du roi et des deux chambres, c'est-à-dire du sénat, et de la chambre des nonces, ou représentants élus de l'ordre équestre. Les villes avaient aussi une certaine représentation; car bien qu'elles n'eussent pas été admises aux délibérations de la diète, les rois s'abstenaient

néanmoins de statuer rien de décisif à leur égard sans l'assentiment de leurs délégués ou plénipotentiaires.

Ce qui, avant tout, mérite d'être signalé, c'est qu'à part la grande et principale division du pays en *royaume de Pologne* et *grand-duché de Lithuanie* (ce dernier ne fut définitivement réuni à la Pologne qu'en 1569, en conservant toutefois intacte sa législation distincte), et, à quelques rares exceptions près, la Pologne fut de bonne heure dotée d'une législation uniforme. Le roi Ladislas Lokietek fit déclarer en 1331, par la diète de Checiny, que « là où il n'y avait qu'un royaume, la loi devait aussi être une, et commune à tous. » Mais c'est à son fils Casimir le Grand, que revient la gloire d'avoir été le premier législateur de son pays. Il a laissé un monument impérissable dans son statut de 1347, connu sous le nom de statut de Vislica (1). Il présidait lui-même aux délibérations, et les dirigeait avec une rare sagesse, *adjiciens et resecans* (comme disent les historiens) *corrigens et temperans, leges condidit polonicas.* On est frappé d'étonnement, lorsqu'on songe que ce premier code polonais, remarquable par la sagesse et la mansuétude de ses dispositions, précède de neuf ans la célèbre bulle d'or de Charles IV, empereur d'Allemagne, qui, sous le rapport de la législation pénale, respire encore à un haut degré la barbarie du moyen âge. Nous nous hâtons d'ajouter que l'on chercherait en vain dans le statut de Vislica l'ordre et la classification des matières que nous rencontrerons deux siècles plus tard dans le recueil des lois lithuaniennes; mais la manière dont les principaux rapports de la vie civile y sont réglés, témoignent du haut degré de civilisation que la Pologne avait atteint à cette époque reculée.

Le statut de Vislica consacre d'abord le principe tutélaire de la non rétroactivité des lois, qu'il formule de la manière suivante : « Cum omnes constitutiones, et statuta legem imponant rebus et negotiis præsentibus et futuris, et non præteritis, *volumus ut omnes nostræ constitutiones editæ in Vislicia non respiciant præterita, sed tantummodo præsentia et futura.* »

On y trouve établie la compétence des juridictions civiles et pénales, et la procédure qui doit y être observée. Les cita-

(1) C'est à Vislica qu'avait été tenue la diète qui adopta ce statut.

tions, dit-il, seront données par écrit et par le ministère d'huissiers ayant droit d'instrumenter dans chaque localité respective. Le statut confirme l'axiome du droit : *Actor sequitur forum rei.*

Si le défendeur ne comparaissait pas, après un premier jugement par défaut, il fallait en obtenir un second et un troisième; ce dernier était seul définitif. S'agissait-il d'un héritage, le demandeur auquel il avait été adjugé était aussitôt envoyé en possession; mais pour ce qui regarde les sommes exigibles, le juge pouvait accorder des délais modérés, qui ne devaient pas passer trois termes, chacun de six semaines.

En matière civile, le législateur s'appliqua surtout à régler les rapports entre le père et les enfans, les droits des mineurs et des femmes, et l'ordre des successions. La puissance paternelle n'avait pour terme que l'émancipation des enfants; elle cessait cependant, lorsque le père convolait en secondes noces. Les fils seuls héritaient des immeubles, les filles étaient dotées. Elles ne recueillaient la succession, qu'à défaut de descendance mâle; mais alors même les parents du côté paternel conservaient pendant un an le droit de rachat de l'héritage. Après les filles venaient les collatéraux, parmi lesquels les parents du côté paternel obtenaient toujours la préférence. Le tuteur ne rendait compte de son administration que pour ce qui concerne les cens et le bétail; mais la loi lui défendait expressément de vendre ou de grever les terres des mineurs, qui, parvenus à leur majorité, pouvaient les revendiquer en quelques mains qu'elles se trouvassent; « *nec ipsis*, ajoute le texte, *aliquis prescriptio allegari possit.* » La dot de la femme était garantie par la loi; après sa mort l'usufruit de ses biens appartenait au mari; mais il le perdait s'il venait à contracter une seconde union.

Sans nous arrêter ici à d'autres dispositions de moindre importance, nous signalerons les règles précises que ce statut contient sur la prescription. Elle était en principe et pour les meubles comme pour les immeubles, de trois ans et trois mois, mais la loi exigeait ordinairement un titre de possession. Si toutefois les frères et sœurs s'étaient de fait partagé entre eux une succession, la possession non interrompue de trois ans et trois mois remplaçait le titre. La prescription ne s'accomplissait contre une veuve que par six ans, et contre une femme

mariée que par dix ans ; à l'égard des premières, dit le texte : *propter fragilitatem sexus*, et à l'égard des secondes : *cum non habeat sui ipsius potestatem.*

Le possesseur de terres à titre d'antichrèse n'en acquérait la propriété que par une possession de trente ans, si dans ce délai le débiteur avait négligé de faire au moins pendant quinze ans de suite ses réserves et de les communiquer au créancier. Cette disposition fut confirmée par le statut de 1420, sans obligation pour le débiteur de faire lesdites réserves.

En matière criminelle le statut de Vislica, selon l'usage général de l'époque, s'attache plutôt à régler le chiffre des *compositions* pécuniaires pour meurtre, blessures et mutilations, qu'à déterminer des peines réelles. Il déclare pourtant les parricides et les fratricides infâmes, et déchus de tout droit politique, en outre eux et leurs successeurs incapables d'hériter. La peine d'infamie est aussi portée contre les voleurs et leurs complices. Les incendiaires sont punis de mort. La prescription en fait de peines et de compositions portées par la loi est fixée à trois ans.

Nous ne pouvons passer ici sous silence les dispositions protectrices de la classe la plus utile de la société, des paysans attachés à la glebe, dispositions qui ont valu à Casimir le surnom de *Roi des paysans*, titre sans contredit bien plus glorieux que celui de Grand, que la postérité lui a si justement décerne. Selon un ancien usage (qui était encore longtemps après cette époque suivi en France et dans d'autres pays), le seigneur héritait des biens du paysan mort sans enfants. Le statut de Vislica abolit cette coutume en la qualifiant d'*absurde*, et accorde aux collatéraux le droit de recueillir la succession. Il affranchit aussi le paysan de toute poursuite à raison des proces intentés au propriétaire du village. Enfin il autorise tous les habitants d'un village à l'abandonner, si le seigneur attente à l'honneur de la femme ou de la fille de l'un d'entre eux.

Casimir le Grand mit le sceau à son œuvre en convoquant neuf ans plus tard, c'est-à-dire en 1356, une assemblée nationale encore plus nombreuse que celle de Vislies, et ou furent aussi admis les plénipotentiaires des villes, bourgs et villages. Dans cette assemblée, l'indépendance des tribunaux fut consolidée par la défense de porter dorénavant appel aux

juridictions étrangères, et nommément à celle de la ville de Magdebourg (cet appel se pratiquait aussi dans d'autres pays, principalement en Silésie, où il ne fut aboli qu'en 1547), et un tribunal jugeant en dernier ressort fut établi à Cracovie pour connaître des appels qui seraient interjetés dans les affaires des provinces, villes, bourgs et villages polonais régis par le droit teutonique (1).

Le statut de 1347, cette première loi écrite nationale, subit dans la suite des changements notables; un grand nombre de ses dispositions furent modifiées ou abrogées par les décisions des diètes subséquentes. Rédigées d'abord en langue latine, ces lois avaient porté le nom de *Statuts*. Plus tard, et à commencer du règne de Sigismond-Auguste, vers le milieu du seizième siècle, elles furent rendues en langue polonaise, et prirent le nom de *Constitutions*. Nous nous bornerons à en faire connaître les plus importantes, et à y ajouter les règles établies en grand nombre par la jurisprudence constante des tribunaux.

En matière civile et en fait de succession, on suivait le principe : *Successio descendit, et non ascendit;* la succession des ascendants était même réputée odieuse. Les fils seuls héritaient des immeubles paternels. Les aînés composaient les lots, les cadets les choisissaient. Les filles ne recevaient, sous la dénomination de dot, que le quart de la valeur des terres, telle qu'elle avait été fixée par le père, ou après la mort du père, par le frère de concert avec deux parents de la ligne paternelle, et deux parents de la ligne maternelle. La succession de la mère était soumise au partage égal entre les enfants sans distinction de sexe. En ligne collatérale, les frères du défunt et leurs descendants excluaient les autres parents et même leurs sœurs; à défaut de frères venaient les sœurs et leurs descendants; à défaut de frères et sœurs et de leurs descendants, les autres collatéraux, parmi lesquels la représentation à l'infini était de droit, de manière que, par exemple, les oncles et tantes (comme on les appelle en France, à la mode de Bretagne) n'excluaient pas leurs neveux, mais ceux-ci héritaient toujours de la part qui serait revenue à

(1) Le droit teutonique, nommément le droit provincial saxon, et celui de Magdebourg, furent introduits en Pologne par les nombreuses colonies allemandes qui s'y étaient établies.

leurs parents, s'ils eussent été en vie. En toute succession d'ailleurs, directe ou collatérale, on recherchait l'origine des biens de manière que personne ne succédait qu'aux biens provenant de la souche d'où il descendait.

Le droit d'aînesse, qui s'est si longtemps maintenu dans les autres pays, et qui, dans plusieurs, subsiste même jusqu'à ce jour, n'a pu prendre racine en Pologne; la passion instinctive de l'égalité le repoussait. Il n'y eut en tout que cinq majorats sanctionnés par les constitutions du royaume, nommément les majorats des princes Radziwill et Zamoyski, par deux constitutions de la diète de 1589; le majorat de Myszkowski, par la constitution de 1601; celui des princes Ostrogski, par la constitution de 1609, et le dernier, celui des princes Sulkowski, par la constitution de 1775.

Les testaments n'avaient pas anciennement besoin d'être faits par écrit; mais la constitution de 1726 déclara formellement, que les testaments dit *nuncupatifs* étaient nuls, et devaient, comme cette loi ajoute textuellement, *ubique pro nullis et irritis reputari*. Quant à leur contenu, les testaments n'étaient valables que pour la succession mobilière, les terres possédées à titre de propriété ou même d'antichrèse, ne pouvaient être données ni obérées par un acte de dernière volonté; *ne defensio reipublicæ minuatur*, ajoute la loi (constitution de 1510). Cette prohibition fut étendue par extraordinaire aux maisons dans les villes, quand même elles seraient possédées par les non-nobles (constitution de 1676)

Nous venons de le dire, ce n'est qu'exceptionnellement en matière de testament, que le législateur a attaché une si grande importance à la possession des maisons dans les villes; car nous devons faire ici cette observation générale, que ce sont surtout les immeubles ruraux, que les lois polonaises ont environnés de toutes les garanties imaginables; il faut en chercher la raison dans les institutions politiques du pays. La défense du territoire contre les invasions des Turcs et des Tartares qui menaçaient alors d'envahir la Pologne et l'Europe entière, était de première nécessité, et se trouvait confiée aux nobles; eux seuls composaient la grande levée en masse. De là les priviléges des nobles, et notamment (à l'exception de certaines villes, comme celles de la province polonaise dite *Prusse royale*, et de la ville de Cracovie) leur droit ex-

clusif de posséder les propriétés territoriales. De là, dans les successions, la préférence accordée aux parents du côté paternel sur ceux du côté maternel, et l'exclusion des sœurs en faveur des frères. De là aussi l'imprescriptibilité des immeubles ruraux adoptée par la jurisprudence constante des tribunaux, bien qu'elle fût contraire aux dispositions précises du statut de Vislica, et des lois subséquentes, que la force des choses fit tomber en désuétude. Plus tard les constitutions du royaume elles-mêmes suivirent l'impulsion générale en proclamant le principe, qu'en fait de propriété territoriale la possession ne valait jamais titre, et que par conséquent les terres possédées sans titre pouvaient être revendiquées en quelques mains qu'elles se trouvassent, *non obstante quavis proscriptione* (constitutions de 1581 et de 1588). De là encore cette particularité de la jurisprudence et des lois polonaises, qu'il n'était pas permis de vendre aux enchères publiques les terres grevées de dettes. L'exécution s'opérait au moyen de la prise en possession par le créancier jouissant d'une première inscription (*jure potioritatis*), et n'accordait aux créanciers postérieurs que le droit de racheter la créance de celui qui était en possession. En cas de concours de créanciers, l'immeuble était divisé en nature entre les ayants droit jusqu'à concurrence de sa valeur estimative, et dans l'ordre désigné par l'inscription. Les premiers créanciers ainsi colloqués obtenaient pleine jouissance de leurs parts avec décharge de tout compte à rendre, mais ils n'en devenaient jamais propriétaires, vu que leur débiteur, et même tout créancier postérieur, jouissait du droit imprescriptible de les racheter.

Il en était de même du droit d'antichrèse, et nous devons ajouter ici que c'était, et que ce devait être, en Pologne, la manière ordinaire de placer son argent, dans un temps où, le taux de l'intérêt n'étant pas encore fixé, les lois et la jurisprudence mettaient à côté du droit imprescriptible accordé au débiteur de racheter sa propriété, celui du créancier de posséder les terres données en gage, jusqu'au remboursement total de la créance, avec décharge de tout compte à rendre (constitutions de 1673, 1676, 1726, 1776).

La majorité était fixée à l'âge de vingt-quatre ans, en ce qui concerne la faculté d'aliéner ou de grever les immeubles; mais à dix-huit ans le mineur pouvait administrer ses biens

(statut de 1505, et constitution de 1768). Le père avait le droit illimité de nommer un tuteur à ses enfants ; à défaut de tutelle testamentaire, les tribunaux nommaient d'office le tuteur, et la loi leur imposait l'obligation de choisir le parent le plus proche en degré, et qui offrît des garanties suffisantes. Le tuteur devait, avant d'entrer en fonction, dresser un inventaire des biens du mineur en présence de deux proches, et tous les ans présenter et affirmer en justice un compte de sa gestion (statut de 1410, et constitution de 1565 et de 1775). Sur la demande d'un parent, et après enquête judiciaire, les tribunaux nommaient aussi un curateur pour surveiller la personne, et administrer les biens des aliénés, *mente capti*, comme dit la constitution de 1638.

Les mariages n'étaient valables qu'autant qu'ils avaient obtenu la bénédiction sacerdotale. Les tribunaux ecclésiastiques étaient seuls compétents pour prononcer dans les causes de dissolution du mariage ou de séparation de corps, et ils jugeaient d'après les canons de l'Église; mais les effets civils étaient réglés par les tribunaux ordinaires (statut de 1545).

Les droits de la femme se trouvaient puissamment garantis par la loi. Si la dot n'avait pas été fixée par le père, elle pouvait la réclamer contre ses frères, et même contre tout tiers possesseur de terres faisant partie de la succession, et frappées ainsi en leur faveur de l'hypothèque légale ou tacite dans la plus large acception du mot. La dot devait être fixée par les frères un an au plus tard après la mort du père, et délivrée dans le même intervalle d'un an après le mariage, elle portait intérêt jusqu'au jour de la délivrance. Avant la célébration du mariage, les époux passaient ordinairement une convention matrimoniale, qui devait être inscrite dans les actes publics sous peine de nullité, et dans laquelle d'un côté la dot de la femme était constituée, et de l'autre le futur mari lui assignait un douaire proportionné à ses apports (statut de 1490). Pour leur dot et leur douaire, la loi accordait encore aux femmes mariées un droit réel sur les biens de leurs époux, à tel point que si elles avaient consenti à l'aliénation des terres grevées de leurs droits, ceux-ci étaient, *ipso jure*, censés transportés sur la moitié des autres immeubles que possédait le mari (constitut. de 1576 et 1588). Au surplus, une loi expresse déclarait imprescriptibles les biens do-

taux (constitut. de 1588). Les époux pouvaient se constituer réciproquement un usufruit de tous leurs biens, meubles et immeubles dans un acte authentique, dont la forme même était prescrite par le statut de 1523; mais les donations faites par une femme en faveur de son mari n'étaient valides qu'autant qu'elles étaient revêtues du consentement des amis ou proches de la femme (statut de 1505). La faculté accordée par le statut de Vishea aux collatéraux du côté paternel de racheter les terres dont héritaient les filles à défaut de fils fut abrogée par le statut de 1420.

Les obligations devaient être revêtues de la signature et du sceau du débiteur (constitut. de 1505), et obtenaient un droit réel sur un immeuble par leur inscription dite *oblata*, effectuée, comme porte le texte, *in proprio foro terrestri ubi bona debitoris, vel recognoscentis consistunt* (constitut. de 1588); ou bien sur les registres généraux de la couronne (Metryka koronna).

La constitution de 1775 prescrivit en outre de tenir au greffe de tous les tribunaux civils un registre distinct, sur lequel ne seraient inscrites que les obligations ayant pour objet un prêt en argent, qu'elles fussent passées authentiquement ou sous seing privé, et même sous forme de billets à ordre ou lettres de change. Si les emprunts avaient été faits dans un district autre que celui où était domicilié le débiteur, ils devaient être transcrits au greffe du tribunal compétent dans le délai d'un an et six semaines, le tout à peine de nullité.

Quant aux ventes, échanges et autres contrats, concernant les immeubles, la loi ordonnait qu'ils fussent passés devant le greffier du tribunal compétent, et lorsqu'ils étaient rédigés dans cette forme, elles les déclarait inattaquables (constitut. de 1576 et 1768).

Les dispositions relatives aux billets à ordre, et aux lettres de change, ne furent sanctionnées qu'à la diète de 1775, et elles furent calquées sur le droit commun d'Allemagne; aussi la loi ajouta-t-elle qu'en cas de doute ou d'insuffisance du texte, le traité du célèbre jurisconsulte allemand *Heineccius*, *de jure cambiali* aurait force de droit subsidiaire. Une particularité de cette loi, qui mérite d'être signalée, c'est que les non-commerçants, et même les propriétaires de terres y étaient soumis tout aussi bien que les commerçants, et déclarés comme ceux-ci passibles de la contrainte par corps.

La même diète de 1775 fixa le taux de l'intérêt à cinq pour cent, tant en matière civile qu'en matière de commerce, en l'élevant à sept pour cent à l'égard des intérêts dits *ex mora*, c'est-à-dire échus depuis le terme du payement, et en les faisant descendre à trois et demi pour les sommes dues aux institutions ecclésiastiques.

Les débats judiciaires ont toujours été publics en Pologne. Le statut de 1523, qui contient un réglement complet sur l'organisation judiciaire, prescrit aussi la forme des citations et la procédure des tribunaux, enfin les formes précises dans lesquelles doivent être rédigés tous les actes de la juridiction volontaire. Il y avait dans chaque district un tribunal civil et un tribunal criminel. Les juges étaient nommés par le roi sur une liste quadruple de candidats élus dans les diétines ou assemblées électorales du district (constitut. de 1550). Ces diétines présentaient aussi des candidats pour les fonctions importantes de greffier du tribunal civil appelé *notarius terrestris*. Il était non-seulement chargé de la rédaction des jugements, mais il recevait aussi les actes authentiques dits *actus voluntariæ jurisdictionis*, et la loi l'obligeait d'enregistrer ces derniers sur des livres séparés, et d'observer la forme prescrite par le statut de 1523 (constitut. de 1550 et de 1576). L'extrême importance attachée à la possession de la propriété territoriale, fit établir des tribunaux de délimitation, dont les jugements définitifs ne pouvaient être réformés que sur appel par un arrêt du tribunal suprême. Jadis le roi lui-même, aidé par le grand conseil des notables (*in colloquio generali*), décidait seul en dernier ressort les causes qui lui étaient dévolues par voie d'appel. Un des plus grands rois que la Pologne ait eus, Étienne Batory, fut le premier qui, sur la proposition de l'illustre Jean Zamoyski, et à la satisfaction générale, se dessaisit de ce droit en 1578, et en fit investir un tribunal suprême dit *tribunal de la couronne*, et composé de vingt et un membres, élus directement tous les ans par les diétines provinciales ou de Palatinat, et de neuf membres ecclésiastiques choisis par neuf chapitres. Ces derniers ne jugeaient que les affaires dites *fori mixti*, dans une section composée de six membres ecclésiastiques, et de six membres séculiers (constit. de 1578). Les arrêts du tribunal suprême ne pouvaient être attaqués; mais il lui était défendu d'empiéter en

rien sur le pouvoir législatif (constitut. de 1607 et de 1627). Des lois subséquentes, et particulièrement la constitution de 1726, contiennent des dispositions nombreuses sur l'organisation intérieure de ce tribunal. Il siégeait alternativement six mois à Pétrikau et six mois à Lublin. Pendant la durée de leurs fonctions, les juges ne pouvaient faire aucune acquisition; et il était interdit de porter devant cette juridiction aucune cause dans laquelle eux, leurs femmes, leurs enfants, ou leurs pupilles se trouvassent intéressés.

En ce qui concerne les matières pénales, le meurtre n'était pas d'abord puni de mort, mais seulement d'un emprisonnement d'un an et six semaines, outre la composition au profit de la partie lésée; la loi ne punissait de mort que les meurtres accompagnés de violation de domicile (statut de 1496) et les meurtres qualifiés, tels que parricide, fratricide et autres commis dans la famille, les époux y compris (statut de 1538). Les enfants du criminel étaient, dans ce dernier cas, déclarés déchus de tout droit à la succession, qui devenait le patrimoine des parents plus éloignés, et la fortune de l'époux coupable était adjugée aux enfants ou autres parents de l'époux assassiné (constitut. de 1576). Des lois postérieures ont aussi aggravé les peines portées contre les meurtriers, en déclarant ceux qui se seraient évadés de prison, infâmes et même passibles de la peine capitale, dès qu'on s'en serait emparé (constitut. de 1588), et en punissant de bannissement perpétuel ceux qui, de dessein prémédité et avec armes à feu, se seraient rendus coupables de meurtre ou seulement de blessures graves; et de mort, s'ils avaient commis ces crimes dans des réunions publiques ou privées (constit. de 1598, 1601 et 1611). Toutes ces lois pourtant ne concernaient que les individus de condition noble. Un non-noble, coupable de meurtre avec préméditation était, toujours puni de mort (constitut. de 1538, 1598 et 1681), tandis que le meurtre commis par un noble sur la personne d'un non-noble n'était ordinairement passible que de la condamnation à une composition pécuniaire. Cette distinction honteuse fut abolie par la constitution de 1768, qui statua la peine de mort contre tout meurtrier, noble ou non noble.

Le duel, à moins qu'il n'eût été autorisé par le roi, était puni de six mois d'emprisonnement, et d'une amende d'envi-

ron 500 francs, monnaie de France (constitut. de 1588). Le rapt accompagné de violence était puni de la déclaration d'infamie portée contre les ravisseurs, et de la privation de tout droit politique, mais si la femme avait consenti au rapt, la loi ne punissait qu'elle seule en la privant de tout droit à la succession (constit. de 1496 et de 1532). Nous ne spécifions pas les autres crimes et délits pour lesquels les peines n'étaient pas déterminées avec précision, comme par exemple les crimes de lèse-majesté, qui était jugés par la cour de la diète, composée des membres élus par la diète. En l'absence des lois pénales, les tribunaux jugeaient arbitrairement, et même le législateur les y autorisait quelquefois. C'est la partie faible de la législation de la Pologne proprement dite, qui n'est pas non plus parvenue à obtenir un code régulier. On essaya, il est vrai, plusieurs fois, d'atteindre ce but important. Sigismond Ier avait voulu doter simultanément la Pologne et la Lithuanie de codes complets, et classés par ordre de matières, mais il n'a réussi que pour la Lithuanie. Quant à la Pologne, un code élaboré par une commission nommée spécialement pour cet objet, fut rejeté par la diète de 1532, à cause surtout des différends graves que suscita la réforme religieuse de Luther. De semblables essais, tentés sous les règnes de Sigismond-Auguste et de Sigismond III, furent également infructueux. La diète de 1768 nomma une commission législative, dont l'œuvre entravée par le premier partage de 1772, fut reprise en 1776 sur les instances du roi Stanislas-Auguste lui-même, et André Zamoyski fut chargé de la rédaction d'un code de lois, mais la diète de 1780 refusa sa sanction au travail important que lui apporta cet illustre citoyen.

Il semblait être réservé à la *grande diète constituante* commencée en 1788, et connue sous le nom de *diète de quatre ans*, de donner à la Pologne le premier code des lois, comme elle l'a dotée de la constitution politique de 1791. Elle entreprit cette œuvre, et projeta, entre autres réformes salutaires, celle, par exemple, de substituer la vente des immeubles à la collocation des créanciers en nature, mais les malheurs de la Pologne, et les partages consécutifs de 1793 et de 1795, qui mirent fin à son existence politique, durent nécessairement arrêter toute idée d'amélioration.

La Lithuanie fut plus heureuse sous ce rapport, car elle

obtint de bonne heure un code général de lois civiles et pénales classées par ordre de matières. Ce code, appelé statut du grand-duché de Lithuanie, fut adopté en 1529 (1), sous le règne de Sigismond Ier, roi de Pologne et grand-duc de Lithuanie, par les états de ce dernier pays, encore politiquement séparé du royaume de Pologne. Le second statut, considérablement amélioré, reçut la sanction des états en 1564, sous le règne de Sigismond-Auguste; mais c'est Léon Sapieha, grand chancelier de Lithuanie, qui y mit la dernière main, et c'est grâce à son dévouement éclairé, que les lois contenues dans les deux premiers statuts, plus systématiquement coordonnées, amendées et augmentées de dispositions portant le cachet d'une civilisation plus avancée, formèrent le troisième et dernier statut de Lithuanie. Ce statut, rédigé en langue polonaise, fut définitivement sanctionné en 1588 par la diète réunie de Pologne et de Lithuanie, et sauf quelques légères modifications apportées par des lois postérieures, demeura obligatoire jusqu'aux derniers temps. Divisé en 14 chapitres, les chapitres en articles, et ceux-ci en paragraphes, il forme un code complet civil et penal, aussi bien que de procédure civile et d'instruction criminelle, et offre une œuvre remarquable, même pour la fin du seizième siècle, et qui peut sans désavantage soutenir la comparaison avec les lois contemporaines des autres nations.

Ce statut pose dans son premier article le principe fondamental, que *la loi est générale, et qu'elle oblige toutes les parties du pays et tous les habitants, même les étrangers* (2); donc point de lois provinciales ou coutumières, et la Lithuanie se trouve avoir joui, depuis près de trois siècles, des bienfaits d'une législation uniforme, dont la France ne doit la conquête qu'à sa grande révolution de 1789.

En matière civile, et quant au droit des personnes, nous signalerons d'abord un fait qui constitue une véritable anomalie chez un peuple du Nord; la majorité fut fixée à dix-huit ans pour l'homme, et à treize ans pour la femme;

(1) Cette date de 1529 prouve que le code lithuanien a précédé de trois ans le code pénal d'Allemagne, connu sous le nom de *Règlement pénal de l'empire*, et qui est de 1532

(2) Il faut seulement faire une réserve à l'égard du *droit de Magdebourg*, accordé à plusieurs villes et communes par voie de privilége, et dont nous parlerons à la fin de cet article

cependant, dans les derniers temps, une jurisprudence fondée sur la constitution polonaise de 1768, n'admettait la majorité du statut que pour les actes de pure administration et pour le mariage, et exigeait celle de vingt-quatre ans pour les actes emportant aliénation des biens.

La tutelle est en premier lieu déférée au tuteur nommé dans le testament. A défaut de *tutelle testamentaire*, vient la *tutelle légale*, dans laquelle l'ordre suivant est établi : 1° la mère des mineurs ; 2° le frère aîné et majeur ; 3° l'oncle paternel, ou le plus proche parent du côte paternel ; 4° l'oncle maternel ou le plus proche parent de ce côté ; 5° à défaut de parents mâles, et dans l'ordre ci-dessus, les femmes, à la charge de fournir caution suffisante par elles-mêmes ou par leurs maris. En dernier lieu, et à défaut de parents, venait la *tutelle judiciaire*, c'est-à-dire celle établie par le tribunal compétent. Le tuteur devait, avant d'entrer en fonction, dresser un inventaire des biens du mineur, et recevait à titre de rémunération la dixième partie du revenu net (1), mais il ne rendait compte de son administration qu'à la fin de la tutelle. Tout tuteur pouvait être destitué pour mauvaise gestion. Il ne pouvait d'ailleurs aliéner ni grever de dettes les biens du mineur, ni même intenter d'action concernant la délimitation des terres, ou y répondre. Une exception fut admise en faveur de la tutelle du frère pour les procès relatifs aux terres indivises entre lui et le mineur ; il pouvait même, mais avec le consentement des proches, vendre pour cause de dette la propriété commune. Aucune prescription ne courait contre le mineur.

Les mariages étaient contractés et dissous selon les règles du culte que professaient les époux. Les tribunaux ecclésiastiques connaissaient seuls de la validité ou de la dissolution du mariage, et de la séparation de corps ; mais les effets civils étaient soumis à la décision des tribunaux ordinaires. Si le mari était déclaré partie coupable, l'épouse conservait non-seulement sa dot, mais aussi son douaire ; au cas contraire, elle perdait l'une et l'autre. Les filles qui se mariaient sans le consentement de leurs parents perdaient tout droit à la succession, quand même l'église aurait approuvé leur mariage.

(1) Cette disposition, et beaucoup d'autres, ont passé du statut de Lithuanie dans les lois polonaises

En matière de succession, la loi accorde aux fils seuls le droit d'hériter des immeubles paternels, les filles étaient dotées, et quel qu'en fût le nombre, elles ne recevaient que le quart de la succession; encore devaient-elles se contenter de la dot assignée par le père, et, mariées du vivant de leur père, elles ne pouvaient, après la mort de celui-ci, exercer aucune réclamation contre leurs frères; car, ajoute la loi en termes exprès, *« le père savait le mieux comment pourvoir au sort de ses enfants. »* Les filles qui n'étaient pas mariées du vivant de leur père avaient le droit de réclamer une dot égale à celle que leur sœur avait reçue, si les frères n'aimaient mieux se dessaisir de tout le quart de la succession en faveur de leurs sœurs.

A défaut de fils succédaient les filles, et à défaut de descendants en ligne directe, les frères du défunt et leur postérité. Après eux venaient les collatéraux avec la préférence accordée aux parents de la ligne paternelle sur ceux de la ligne maternelle, et aux plus proches dans la même ligne sur ceux plus éloignés. Les ascendants n'excluaient les collatéraux que pour les biens provenant d'eux, et même pour ceux-ci les frères du défunt leur étaient préférés; cependant les dots des filles, décédées sans descendants directs, retournaient au père. Les frères succédaient aux frères, et les sœurs aux sœurs. La succession maternelle subissait un partage égal entre les enfants, sans distinction de sexe. La vente des successions futures était expressément interdite, de même que toute autre disposition à cet égard.

En ce qui regarde les actes de dernière volonté, le testateur pouvait disposer de la fortune mobilière; mais quant aux immeubles, la loi distingue entre les immeubles acquis par le testateur, et ceux dont il a hérité, et ne lui laisse que la libre disposition des premiers. Le statut de Lithuanie n'accorde la légitime aux enfants, que dans les héritages des habitants des villes et des communes qui ne jouissaient pas du droit de Magdebourg; cette légitime était alors de deux tiers de la succession. Le testament devait être passé anthentiquement, et être revêtu de la signature du testateur, et, s'il ne savait pas écrire, au moins de son sceau, et de la signature et du sceau de trois témoins possédant des immeubles par droit de propriété ou d'antichrèse.

La loi établit les causes pour lesquelles les enfants peuvent être déshérités, par exemple si l'enfant attente à la vie de ses parents, ou s'il s'oublie seulement jusqu'à les frapper; s'il les abandonne dans leur détresse; si la fille mène une vie dissolue, et autres semblables.

Sont incapables de disposer par testament les mineurs, les aliénés, les bannis, et les personnes déclarées infâmes.

La nullité attachée par la loi à une ou plusieurs parties de la disposition testamentaire, n'invalide pas tout le contenu du testament. Toute disposition est caduque si le légataire n'a pas survécu au testateur.

Les femmes obtinrent dans le statut de Lithuanie des garanties semblables sur plusieurs points à celles accordées par les lois polonaises, nommément quant à l'hypothèque légale affectée à leur dot ou douaire. Si ces droits n'étaient pas déclarés imprescriptibles, comme en Pologne, en revanche, l'avenir des femmes était mieux assuré. Après la mort du mari, sa veuve n'était jamais dépourvue de moyens d'existence, si elle n'avait pas de douaire, elle recueillait l'usufruit d'une part égale à celle de chaque enfant, et l'usufruit d'un tiers s'il n'y avait point d'enfants, ou s'il n'en était resté qu'un seul. Ce tiers était réduit au quart si la veuve convolait en secondes noces, et même elle perdait, dans ce dernier cas, tout droit à l'usufruit des biens du mari décédé, si en s'unissant à lui elle était déjà veuve. La séparation des biens entre époux est établie en principe; cependant le statut admet une exception en faveur des époux qui se sont mariés sans posséder de fortune, et qui alors sont censés vivre en communauté des biens. Après le décès de l'un d'eux, l'autre demeurait propriétaire de la moitié de la fortune commune, s'il n'y avait pas d'enfants nés de ce mariage, et d'un tiers dans le cas contraire. A la mort des deux époux, leur succession se partageait par portions égales entre les parents les plus proches de chacun d'eux.

Les conventions matrimoniales pouvaient être passées sous seing privé, mais elles devaient être transcrites après la célébration du mariage sur les registres du tribunal civil compétent; la loi favorisait même à tel point la femme, qu'elle l'autorisait à faire la preuve testimoniale, et même, à défaut de témoins, celle par serment, sur l'existence du contrat de ma-

riage; s'il était avéré qu'il n'y avait point eu de contrat de mariage, la femme perdait sa dot.

Le nantissement d'une chose mobilière conférait au créancier le droit de se faire payer sur l'effet engagé, qui ne pouvait pourtant être vendu qu'aux enchères publiques; le juge était autorisé à accorder un délai de six semaines; lors même que les parties seraient convenues qu'à défaut de payement le créancier deviendrait propriétaire du gage, celui-ci ne pouvait en disposer sans le consentement du tribunal compétent.

Quant à l'antichrèse, le créancier était obligé, nonobstant la cause d'appropriation, d'appeler les proches parents du débiteur, auxquels la loi accordait encore un an pour racheter l'immeuble engagé. A défaut d'une semblable clause, le droit de rachat était imprescriptible, il en était de même des terres possédées par droit de collocation.

La prescription mobilière s'accomplissait par une possession non interrompue de trois ans : les immeubles ne se prescrivaient que par dix ans, les actions en payement des sommes exigibles, et celles des femmes pour leurs dots contre les frères, ou tiers possesseurs des biens appartenant à la succession, s'éteignaient au bout du même délai de dix ans. Une prescription exceptionnelle était celle que pouvait opposer tout tiers acquéreur d'immeubles aux créanciers inscrits sur ces immeubles, qui n'auraient pas fait valoir leurs droits dans l'intervalle de trois ans à dater de la vente.

En ce qui regarde la forme des obligations, le statut porte qu'elles doivent être passées authentiquement, ou si elles le sont sous seing privé, être revêtues, outre la signature et le sceau du débiteur, de la signature et du sceau de deux témoins, et même de trois témoins, si le débiteur ne savait pas écrire. Les obligations verbales n'étaient valables qu'autant que leur objet n'excédait pas la somme de 130 francs; cependant la preuve testimoniale, et même celle par serment était admise jusqu'à concurrence de 2,600 francs pour le cas, où le créancier prétendait avoir perdu le titre littéral par suite d'un incendie ou autre accident imprévu et résultant d'une force majeure. Les ventes et autres contrats emportant aliénation d'immeubles devaient être revêtus de la signature et du sceau du débiteur et de deux ou trois témoins, et en outre

être passés au greffe du tribunal compétent. En général, tout droit réel ne s'acquérait que par l'inscription ou par la transcription des titres au greffe du district où les biens étaient situés, ou sur les registres généraux du grand-duché de Lithuanie (Metryka Litewska). Entre plusieurs débiteurs tenus à la même obligation, la solidarité ne se présumait pas, mais elle devait être expressément stipulée.

Le statut de Lithuanie contient des dispositions précises et circonstanciées sur les délits et les crimes, et détermine les peines publiques, aussi bien que les compositions pécuniaires au profit de la partie lésée. Ces dernières sont plus fortes pour attentats commis contre les femmes, et s'élèvent alors souvent jusqu'au double des peines portées pour attentats commis contre les hommes. Les jurisconsultes polonais donnent pour raison de cette différence que, chez une nation essentiellement guerrière, on devait considérer comme une lâcheté insigne de s'attaquer à un sexe hors d'état de se défendre. Les crimes de lèse-majesté et de haute trahison étaient punis de mort, et de la confiscation des biens, mais la loi exigeait pour les constater la déposition de sept témoins et le serment du dénonciateur; encore, ajoutait-elle que le monarque devait faire grâce aux aliénés et aux idiots; invitation remarquable, que le législateur faisait ainsi à la clémence royale pour ce genre de crimes! Les accusateurs se trouvaient rarement, car la loi punissait de mort ceux qui n'auraient pas apporté de preuves suffisantes; enfin les simples injures contre le monarque n'étaient punies que de six semaines d'emprisonnement

Le faux en fait d'actes authentiques ou de testaments et autres actes sous seing privé, mais revêtus des signatures et des sceaux requis par la loi civile, était puni de mort; mais la loi condamnait au supplice du feu le faussaire de la signature ou du sceau du roi, le faux monnayeur et l'ouvrier qui se rendait coupable de la falsification des matières d'or et d'argent. Tout meurtre commis avec préméditation entraînait la peine de mort, quelle que fût la condition du coupable et de la victime; le meurtrier qui se serait servi d'un poignard, ou d'autres armes inusitées, ou le domestique qui tuait son maître étaient condamnés à être écartelés. La violation du domicile était punie de mort, quand même elle n'aurait entraîné

que des blessures; mais dans ce dernier cas, les complices n'étaient punis que d'un an et six mois d'emprisonnement, tandis que si la mort s'en était suivie, et l'auteur et les complices subissaient la peine capitale. La loi prononce contre les parricides la peine de mort accompagnée d'accessoires infamants et afflictifs; et contre les fratricides, et autres coupables de meurtres commis dans la famille, outre la peine capitale, la privation de leurs enfants de tout droit à la succession, que recueillaient alors des parents plus éloignés. L'incendiaire était puni du supplice du feu. Le statut, considérant le droit d'hospitalité comme sacré, enjoint aux juges de prononcer des peines plus sévères contre les crimes et delits commis sur la personne de l'hôte.

Des dispositions très-rigoureuses sont portées contre les attentats aux mœurs. Ceux qui excitent la jeunesse à la débauche sont, pour la première fois, condamnés à avoir l'oreille et le nez coupés; en cas de récidive, ils subissent la peine de mort. La loi punit aussi de mort, 1° le viol, à moins que la femme ne se décide à épouser le séducteur; 2° le rapt, si la femme n'y a pas donné son consentement; alors aussi le tiers de la fortune du ravisseur lui est adjugé; au cas contraire, elle seule est punie de la perte de tout droit à la succession; 3° le séducteur qui se rend coupable d'adultère, et aussi la femme, si le mari le demande; 4° l'avortement; cette peine frappe alors la femme et le complice; 5° la polygamie.

Le duel, à moins qu'il n'eût été autorisé par le roi, et entre militaires par le grand général (hetman), était puni de six mois d'emprisonnement prononcé contre les deux parties, quand même il n'aurait entraîné aucun résultat fâcheux; si la mort de l'un des combattants s'ensuivait, la loi ajoute expressément que le duel doit alors être considéré et puni comme tout autre meurtre.

Une chose non moins remarquable, c'est que la coutume barbare de punir de mort certains délits de chasse fut abolie par le statut de 1588, et remplacée par six mois d'emprisonnement. La Lithuanie a donc, sous ce rapport, devancé en sagesse et en humanité beaucoup d'autres nations

En ce qui concerne enfin le vol, la loi fait une distinction entre un voleur pris en flagrant délit, ou saisi de l'objet volé, et tout autre voleur. Le premier est puni de mort, dès que

l'objet volé dépasse une valeur de 50 francs; s'il s'agit d'objets de moindre valeur, il est condamné pour la première fois à une amende, en cas de récidive, à être fustigé, et pour la troisième fois il subit la peine de mort. La déposition de deux témoins oculaires suffit pour constater un cas de ce genre, mais non quand le voleur n'est pas saisi de l'objet volé; dans ce dernier cas, le voleur subit la torture; s'il sort vainqueur de cette terrible épreuve, il est acquitté, et la partie civile est condamnée à lui payer une composition.

La prescription en matière pénale était de trois ans pour les vols et les délits de moindre importance, et de dix ans pour les crimes plus graves.

Le chapitre IV du statut de Lithuanie est consacré à l'organisation judiciaire et à la procédure. Il établit un tribunal de première instance pour les causes civiles, et un second pour les causes criminelles, dans chaque district. Comme en Pologne, le roi nommait le juge et le greffier parmi les quatre candidats élus pour chaque place dans les diétines des districts, et qui devaient être, ajoute le statut, *des hommes intègres, connaissant la loi, et possesseurs de terres par droit de propriété ou d'antichrèse*. La procédure des tribunaux est réglée dans tous ses détails; nous n'en relèverons ici que quelques particularités. Une disposition remarquable, et qui témoigne de l'hospitalité de la nation, porte que les étrangers doivent, en certain cas, obtenir justice même sans citation préalable; du reste la forme des citations était la même qu'en Pologne. Un jugement par défaut ne suffisait pas, mais il fallait en obtenir un second, contre lequel la loi n'admettait plus d'opposition. Des peines sévères étaient portées contre le défendeur qui faisait défaut; la loi condamnait à payer 13 francs d'amende et 52 francs au demandeur, et le déclarait en outre suspendu dans ses qualités d'électeur et d'éligible, jusqu'à ce qu'il eût purgé le défaut (1).

En fait de preuves, un système régulier est adopté par le statut; d'abord vient la preuve par écrit; en second lieu, la preuve testimoniale; et enfin celle par serment. La déposition de trois témoins oculaires est requise pour établir une preuve légale; celle de deux témoins doit être corroborée par

(1) Cette dernière sanction pénale était d'origine polonaise.

le serment de la partie. Le serment décisoire est admis, et la partie à laquelle il est déféré et qui ne le prête pas succombe dans la cause. La prestation du serment avait lieu selon le rit du culte que professait celui qui le prêtait, et la loi lui accordait trois jours pour délibérer. En matière criminelle, le statut exige la déposition de deux, trois, six et même jusqu'à sept témoins, selon la gravité du crime, et quelquefois aussi selon la condition de l'accusé. La loi ordonne encore en certains cas le serment de la partie civile pour compléter la preuve testimoniale, ou celui du prévenu pour amener son acquittement. Un faux accusateur subit la peine qu'aurait encourue l'accusé, si le fait avait été prouvé. L'accusé pouvait réclamer sa mise en liberté provisoire, sous caution, excepté quand il s'agissait de crimes qui entraînaient la peine de mort. Dans les causes *de bornage*, auxquelles on attachait en Lithuanie la même importance qu'en Pologne, et qui étaient jugées par des tribunaux distincts, s'il n'y avait point de preuves par écrit, la preuve testimoniale n'était admise que lorsqu'elle était faite par neuf témoins.

L'appel devait être interjeté aussitôt après la publication du jugement; le statut en prescrit la forme. « *Juges*, disait l'appelant, *votre décision ne me paraît pas conforme à la* » *loi, j'en appelle.* » Les appels en fait d'obligations non contestées étaient déclarés non recevables. Il était défendu de produire en appel d'autres preuves que celles alléguées en première instance.

Un tribunal suprême, dit tribunal du grand-duché de Lithuanie, fut installé en 1581, à l'instar de celui établi en Pologne pour juger en seconde instance, et en dernier ressort toutes les causes civiles et criminelles, excepté les crimes de lèse-majesté et de haute trahison qui ressortissaient à la cour de la diète.

L'esprit conciliateur de la nation faisait que les compromis étaient fort en usage. Le statut de 1588 admet les compromis qui stipulent une décision en dernier ressort, comme ceux qui ne défèrent aux arbitres que le pouvoir de prononcer en première instance; mais la constitution de 1726, rendue pour la Lithuanie, comme celle de 1776 rendue pour la Pologne, ordonnent que les compromis soient passés authentiquement, et avec renonciation à tout appel.

Plusieurs constitutions postérieures, rendues pour la Pologne et pour la Lithuanie conjointement, ou pour chacun de ces pays séparément, introduisirent aussi des changements dans le statut de Lithuanie. Nous venons de le faire observer pour les compromis. Ainsi encore la prohibition de disposer des biens immeubles, par testament, portée par la constitution de 1676, fut l'année d'après, c'est-à-dire en 1677, étendue à la Lithuanie. A la différence de ces dispositions distinctes, la constitution de 1669, qui confirma une loi antérieure de 1538, et déclara nuls les majorats établis sans l'autorisation de la diète, fut rendue pour les deux pays. Il en fut de même des deux constitutions de 1775, dont l'une établit un registre séparé pour l'inscription des prêts en argent, et l'autre abolit la torture en Pologne et en Lithuanie, treize ans avant que cette réforme n'eût lieu en France, où la torture ne fut définitivement supprimée qu'en vertu de la déclaration royale de 1788.

Une dernière observation reste encore à faire, c'est qu'en Pologne comme en Lithuanie, les non nobles étaient soumis à une juridiction distincte. Les villes possédaient des tribunaux de première instance séparés, et une cour spéciale, celle du grand chancelier fut en dernier lieu instituée pour juger en dernier ressort les appels qui étaient interjetés. Ceci quant à la forme; quant au fond, les villes étaient aussi régies par des lois spéciales; les unes comme celles de Mazovie et de Podlachie, et de la province dite Prusse Royale, par le droit de *Culm* (une des villes situées dans cette dernière province), et toutes les autres, tant en Pologne qu'en Lithuanie, par le droit de *Magdebourg*. Un esprit tout différent avait présidé à la confection de ces deux droits spéciaux. Une analyse de quelque étendue dépasserait le cadre de cet écrit; nous contenterons-nous d'en citer certaines particularités. En matière de successions, il n'était fait aucune distinction entre les parents de la ligne paternelle et ceux de la ligne maternelle, ni entre les enfants des deux sexes. La majorité était fixée à vingt et un ans. Les droits de Magdebourg et de Culm reconnaissaient tous les deux la communauté des biens entre époux; mais le second attribuait à chacun d'eux une portion égale, et le premier deux tiers au mari et un tiers seulement à la femme. Le droit de Magdebourg, en particulier, adoptant un principe diamé-

tralement opposé à la législation polonaise, donnait la préférence dans les successions aux ascendants sur les frères et sœurs. Les crimes étaient punis sévèrement; la loi sévissait principalement contre les voleurs; tout vol commis de nuit ou avec effraction était puni de mort.

En ce qui concerne les paysans, ils ne connaissaient d'autre justice que la justice seigneuriale, jusqu'en 1768, où il fut déclaré, par une loi, qu'en matière criminelle ils seraient désormais soumis à la justice des tribunaux ordinaires; la justice civile resta aux seigneurs. Ceci pourtant se pratiquait seulement dans les terres des particuliers, mais non dans celles qui faisaient partie du domaine public ou de celui de la couronne, et qui formaient une portion considérable de la propriété territoriale. Les terrains possédés dans ces dernières par les paysans étaient jusqu'à un certain point considérés comme leur propriété; l'arbitraire ne s'étendait pas sur eux, et même en matière civile ils relevaient d'une cour dite de *référendaire*, qui jugeait en dernier ressort les différends qui avaient lieu entre eux et les possesseurs à titre d'emphytéose ou d'usufruit.

La constitution politique du 3 mai 1794 assura aussi aux paysans des terres particulières, la protection spéciale de la loi, et un arrêté, en date du 7 mai 1794, de l'illustre Kosciuszko, généralissime investi du pouvoir dictatorial, proclama la liberté des paysans, l'inviolabilité des terrains possédés par eux, et substitua à la justice seigneuriale, celle des juridictions locales, chargées de juger leurs différends avec les propriétaires; ces heureuses réformes s'évanouirent au moment du démembrement de la Pologne.

Tel est le précis de la législation polonaise jusqu'en 1795, époque du dernier partage de ce pays. Dans un second article nous passerons à l'examen des lois étrangères substituées aux lois nationales; et enfin dans un parallèle, qui se présentera de lui-même, la législation comparée trouvera, comme nous nous le sommes proposé au commencement de cet écrit, une application réelle et pratique.

F. Wolowski,
Député polonais.

DE L'ÉTAT ACTUEL DE LA LEGISLATION EUROPÉENNE

EN MATIÈRE DE MARIAGE,

Principalement en ce qui concerne la Pologne, la Hollande, la Sardaigne, Bâle-ville, Fribourg, Gotha et Altenbourg.

Les dispositions légales qui sont du domaine du droit civil peuvent se diviser en deux classes principales. La première renferme les objets, à l'égard desquels la législation prend pour point de départ la facultéaccordée aux parties de régler leurs rapports réciproques par des conventions spéciales, en se réservant seulement d'intervenir au cas que ces conventions seraient fautives, ou qu'il n'en existerait point. Ainsi, par exemple, dans le contrat de vente, les lois positives ne recoivent leur application qu'à défaut de stipulations expresses entre le vendeur et l'acquéreur. Il en est tout autrement des dispositions légales appartenant à la seconde classe; ici le législateur n'abandonne rien aux conventions, aux parties, l'intérêt de l'ordre public lui fait régler ce qui doit avoir lieu, de toute nécessité, ces dernières dispositions ne sauraient donc être qu'absolument impératives ou prohibitives. De ce genre, sont surtout les lois relatives au mariage. Le législateur prescrit seul les conditions et les formes qui doivent être observées pour faire contracter cette union; il établit seul les motifs pour lesquels les liens du mariage peuvent être relâchés ou dissous. La législation n'offre point de dispositions plus importantes et plus difficiles à formuler. La prospérité d'un État dépend surtout de bonnes lois en cette matière, car ou le bien

général peut-il trouver une base plus sûre que dans le bonheur des familles? et celui-ci ne se lie-t-il pas intimement au bonheur des époux? La meilleure éducation est sans résultat si les enfants ne sont pas guidés par des parents bien unis, et la morale du peuple dépend surtout de la moralité et de la sainteté des mariages.

Le législateur se trouve dans une position difficile. Il doit combattre des préjugés surannés, fruit d'une sévérité exagérée et qui amènent une contrainte injuste, mais il doit aussi se prémunir contre l'adoption aveugle des idées modernes qui, en prêchant une liberté illimitée, s'attaquent à la pureté des mœurs et aux exigences de la morale. Le droit romain, œuvre d'un peuple dont tant de siècles nous séparent, produit de mœurs et de relations sociales entièrement différentes, a exercé une immense influence sur la formation du droit moderne, influence funeste quelquefois, et qu'il faut répudier en grande partie en ce qui concerne le mariage; mais c'est surtout à des collisions avec la religion et l'Église, que la législation sur le mariage est constamment exposée. Tous les peuples reconnaissent que la célébration du mariage doit être empreinte d'un caractère sacré. Le christianisme a de bonne heure adopté ce principe, il s'est appliqué à imprimer au mariage un sceau religieux. Aussi l'extension du pouvoir de l'Église eut-elle pour résultat de soustraire presque entièrement à l'État la législation du mariage; les décisions du clergé faisaient seules loi; l'État n'admit comme valable que le mariage sanctionné par l'Église, et se dépouilla du droit de briser un lien que l'Église se refusait à dissoudre; mais cette doctrine ne put survivre à l'unité de l'Église; quand la chrétienté se divisa en sectes diverses, les pays réformés répudièrent l'obéissance aux décisions du pape, et une législation distincte sur le mariage dut nécessairement prendre naissance. A mesure que la liberté religieuse prenait une plus grande extension, on commençait aussi à ressentir plus vivement la contrainte imposée par les anciennes institutions, et l'on arriva à ne plus regarder le mariage que comme un contrat civil, et à refuser toute force obligatoire aux décisions de l'Église. On ne tarda pas cependant à comprendre dans plusieurs contrées les inconvénients d'un semblable système; les mœurs publiques réclamaient la consécration religieuse du mariage; on

reconnut que le mariage, considéré seulement comme contrat civil à l'égal, par exemple, de la société ou du bail, portait une grave atteinte à la sainteté du lien conjugal, contribuait au relâchement des mœurs, et en facilitant les divorces, accordait à l'immoralité un libre accès dans l'État. De nouvelles difficultés vinrent compliquer les embarras de la situation dans les pays en partie catholiques et en partie protestants. Le nombre des mariages mixtes augmenta journellement; les difficultés s'élevèrent surtout, quant au choix de la religion dans laquelle devaient être élevés les enfants issus de pareils mariages. Les prêtres catholiques ne consentirent à donner la bénédiction nuptiale que sous certaines conditions auxquelles répugnaient les consciences; l'État vit dans ces prétentions un abus de pouvoir de la part de l'Église, et promulgua des règlements en cette matière; mais ces règlements rencontrèrent une forte opposition de la part du clergé, des troubles éclatèrent dans plusieurs pays, la discorde s'éveilla au sein des familles et l'on réclama hautement contre les atteintes portées à la liberté des consciences.

C'est donc une étude pleine d'intérêt que celle des moyens adoptés dans les législations les plus récentes pour remédier à cette lutte des idées et pour concilier des exigences aussi diverses. Notre examen portera sur les monuments législatifs nouveaux, qui sont :

1° La loi sur le mariage, en date du 16 mars 1836, promulguée par l'empereur de Russie pour le royaume de Pologne.

2° Le Code civil du royaume des Pays-Bas, publié en 1837 (Tit. V-XII, art. 83-304).

3° Le Code civil du royaume de Sardaigne, en date du 6 juillet 1837 (Liv. I, tit. V).

4° Le règlement judiciaire concernant le mariage, promulgué dans Bâle-ville, le 10 mars 1837.

5° La loi sur le mariage, pour le duché de Gotha, en date du 15 août 1834.

6° Le règlement sur le mariage, pour le duché d'Altenbourg, en date du 13 mai 1837.

7° Le Code civil du canton de Fribourg, en date du 22 mai 1834.

Nous essayerons d'abord d'initier nos lecteurs à l'esprit gé-

néral de ces législations, et puis nous rapprocherons les dispositions distinctes en les groupant selon les principaux aspects qu'elles présentent.

I. La loi sur le mariage pour le royaume de Pologne mérite une attention toute particulière ; c'est un code complet de la matière, et l'on y remarque une tendance perpétuelle à adapter les dispositions légales aux exigences des divers cultes. La constitution de 1807 introduisit le code civil français dans le grand-duché de Varsovie ; ce code y conserva force de loi, quand, en vertu du traité de Vienne, une partie du grand-duché passa sous le sceptre de l'empereur Alexandre, en prenant le nom de royaume de Pologne.

En 1820, une commission législative composée de plusieurs membres des deux chambres et du conseil d'État fut nommée pour rédiger un nouveau corps de lois. Le premier livre du code, concernant *le droit des personnes*, fut présenté à la diète de 1825 et adopté par les deux chambres ; il obtint force de loi à dater du 1er janvier 1826. Tandis que le code civil français n'envisage le mariage que comme un contrat civil, en ne s'occupant nullement du lien religieux, la loi de 1826 (tit. V, art. 144) adopta le système contraire, et voulut que le mariage ne pût être valablement contracté que selon les formes prescrites par la loi religieuse. On demeura du reste fidèle aux dispositions de la loi française, sa ce n'est en ce qui concerne le divorce (1).

(1) Les actes de l'état civil cessèrent en général de relever de fonctionnaires distincts, connus sous le nom d'officiers de l'état civil, et, remis aux autorités ecclésiastiques, ils furent désormais confondus avec les actes religieux. Le projet primitif présenté par la commission législative à la diète de 1825 avait aussi voulu abandonner la connaissance de toutes les causes matrimoniales à la juridiction ecclésiastique ; mais les commissions nommées par les deux chambres de la diète, pour examiner ce projet, s'y opposèrent, et les tribunaux civils furent seuls déclarés compétents en cette matière. Une nouvelle loi fut présentée à la dernière diète de 1830 dans le but de revenir au projet primitif de 1825, mais elle fut rejetée à une grande majorité dans la chambre des députés. Telle était la législation du royaume de Pologne sur le mariage, jusqu'à la révolution qui éclata à la fin de 1830. On sait que bientôt après parut le statut organique du 16 février 1832, nouveau pacte fondamental, qui abolit virtuellement la constitution de 1815, et supprimant le gouvernement représentatif et les chambres dans le royaume de Pologne, remit le pouvoir législatif entre les mains du souverain. Ce statut organique maintint toutefois dans son article 1er *l'administration distincte du royaume, son code civil*, son article 5 consacre *la liberté des cultes*, et garantit *une protection spéciale à la religion catholique romaine, comme étant celle de la majorité des sujets polonais*. Mais là ne s'arrêta pas le gouvernement russe, et lorsque dans la suite l'empereur Nicolas fit réviser les lois qui gouvernent son vaste empire, la commission législative, nommée à cet effet,

Quand la Russie fit récemment procéder à la réunion et à la révision des lois de ses nombreuses provinces, et par conséquent aussi des lois qui régissent la Pologne, on s'empressa de modifier la législation du mariage. Le pouvoir crut devoir signaler les doctrines françaises de sécularisation complète du lien conjugal, comme contraires à la morale. Les divorces avaient été très-fréquents en Pologne, on essaya de formuler une loi complète, gardienne plus sévère de la sainteté du mariage, et qui pût s'adapter aux exigences de toutes les religions. Telle est l'origine de la nouvelle loi sur le mariage, publiée en 1836. Elle est composée de 249 articles contenus en onze chapitres. Le 1er chapitre traite des mariages entre individus professant la religion catholique romaine. Le 2e, du mariage entre individus professant le culte gréco-russe. Le 3e, du mariage entre personnes appartenant au culte *grec-uni*. Le 4e, du mariage entre personnes appartenant à l'Église évangélique de la confession d'Augsbourg et à l'Église évangélique réformée. Le 5e, du mariage entre individus professant un culte non mentionné dans les précédents chapitres. Le 6e, du mariage entre individus professant des cultes différents (ce chapitre traite dans une section distincte des personnes qui passeraient d'un culte à un autre). Le 7e, des droits et obligations qui résultent du mariage. Le 8e, des obligations et des rapports entre les parties contractantes au cas où il y aurait des causes capables de faire annuler le mariage, des effets résultant de la violation de la présente loi, aussi bien que des effets qui suivent la nullité ou la dissolution du mariage et la séparation de corps (1). Le 9e, des preuves légales

erait devoir procéder à la refonte totale du titre sur le mariage. Elle partit de ce point, que la réforme opérée en 1825 dans cette partie importante de la législation civile n'avait été que partielle et incomplète et qu'il fallait établir la juridiction ecclésiastique pour toutes les causes matrimoniales, en ne laissant aux tribunaux civils ordinaires que la connaissance des effets purement civils résultant de la dissolution du mariage ou de la séparation de corps. Cette commission alla encore plus loin, et, comme nous le dirons plus bas, introduisit dans la nouvelle loi sur le mariage des privilèges en faveur du culte gréco-russe, là où d'après le texte de l'article 5 du statut organique octroyé après la révolution, la religion catholique romaine devait jouir d'une protection toute spéciale.

(1) C'est surtout dans ce chapitre que se manifeste la tendance du législateur à favoriser le culte gréco-russe au détriment de tous les autres. Les articles 201 207 portent qu'au cas où un mariage mixte serait contracté dans le royaume de Pologne entre personnes dont l'une professerait la religion gréco-russe, le mariage devra, sous peine de nullité, être célébré par devant un ecclésiastique gréco-russe, et les parents devront s'obliger à élever les enfants issus de cette union dans le culte gréco-russe,

constatant le mariage. Le 10e, des fiançailles. Le 11e contient les dispositions transitoires.

On sait que cette loi de 1836 est la plus complète qui ait été promulguée pour régler la matière du mariage. La législation française a servi de guide dans certaines dispositions de détail; mais la base fondamentale est toute autre; le mariage n'est plus envisagé comme un contrat civil; et l'État ne le regarde comme valable, que s'il est conclu suivant les préceptes légaux qui régissent les cultes respectifs professés par les conjoints. Il en résulte que les dispositions de la loi se divisent en deux catégories.

A la première appartiennent les règles générales, communes à tous les époux quel que soit le culte auquel ils appartiennent, par exemple, les conditions requises pour contracter le mariage, et les droits et obligations personnels qui dérivent de cette union.

La seconde comprend les préceptes spéciaux, qui ne s'appliquent qu'aux mariages entre individus professant telle ou telle religion; par exemple, en matière de divorce.

Le législateur a ainsi suffisamment atteint le but qu'il s'était proposé, de ne pas faire envisager le mariage comme un contrat purement civil. Il a aussi procédé sagement en ne renvoyant pas aux dispositions des codes religieux, mais en spécifiant, dans la loi même, celles d'entre ces dernières qu'il veut déclarer obligatoires. Ce n'est qu'à l'égard de la religion gréco-russe, et, par exemple (art. 101), en ce qui concerne les prohibitions du mariage entre proches parents, que la loi renvoie aux prescriptions de l'Église grecque.

Une partie fort remarquable de la loi, est celle qui concerne les mariages conclus entre époux protestants; elle contient des règles qu'il était d'autant plus nécessaire de fixer, que le droit ecclésiastique des protestants est, en plusieurs points, incertain et variable, comme, par exemple, quant au divorce. Nous reviendrons encore sur ces divers points.

II. La loi sur le mariage, qui forme une partie du nouveau

si, dans la suite, il y avait lieu à poursuivre la nullité du mariage ou le divorce, la cause devrait aussi être portée devant le tribunal ecclésiastique gréco russe, dont les jugements auront seuls force obligatoire, tandis que la célébration du mariage par-devant les ecclésiastiques romains ou autres, attachés au culte que professerait une des parties contractantes, aussi bien que la poursuite en nullité de mariage, ou en divorce, par-devant les mêmes ecclésiastiques, ne seront que facultatives

code du royaume des Pays-Bas, mérite aussi une attention particulière. Le code civil français avait, même après la séparation de la France, conservé force obligatoire dans ce pays ; mais on ne tarda pas à s'apercevoir de quelques lacunes d'une législation dont, en général, on reconnaissait la supériorité. Déjà en 1815 commencèrent les travaux d'une commission, appelée à rédiger un nouveau code civil. Des opinions divergentes éclatèrent dans les états généraux ; les députés des provinces, actuellement belges, manifestèrent un grand attachement pour le code civil, et désirèrent qu'on le modifiât fort peu ; au contraire, les députés de la vieille Hollande se révoltèrent contre cette loi qui avait porté atteinte à l'ancien droit coutumier, et blessé l'esprit national, ils émirent le vœu de voir formuler un code plus conforme au droit national et aux besoins du pays. Aussi les doctrines les plus opposées se firent-elles constamment jour dans les délibérations ; plusieurs projets de loi furent présentés aux états généraux en 1818, 1819 et 1825 ; les délibérations durèrent plusieurs années ; en 1829 on termina enfin les discussions du code civil, et la nouvelle loi fut publiée en 1830, mais elle ne devait être mise en exécution qu'en 1831. Dans l'intervalle, les événemens politiques amenèrent la séparation de la Belgique d'avec la Hollande. Un nouveau projet de code civil fut présenté dans le royaume des Pays-Bas, et les chambres procédèrent à une discussion qui, dirigée par des jurisconsultes distingués, fut riche en observations dictées par l'expérience et une connaissance solide de la matière (1). Ce travail a été terminé en 1836 ; et en 1837, le code civil de la Hollande a été promulgué sous le titre de *Burgerlyk wetboek*.

Il se compose de 1050 articles, et consacre sans contredit une grande amélioration des dispositions du code civil français ; quelques lacunes de ce dernier sont comblées, des formalités superflues se trouvent supprimées ; la rédaction est bien plus claire ; plusieurs questions controversées se trouvent

(1) Il existe un excellent ouvrage, qui fait connaître, article par article, l'histoire de la législation hollandaise et des délibérations auxquelles elle a donné lieu. Il porte pour titre : *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken volgens de beraadslagingen deswege*, etc., etc. Utrecht, 1837-38 ; trois livraisons ont paru jusqu'ici.

résolues, et un grand nombre d'institutions civiles, telles que, par exemple, la communauté des biens entre époux, sont mises davantage en harmonie avec l'esprit des lois qui avaient, en Hollande, précédé l'introduction du code français. L'un des principaux rédacteurs du projet de loi présenté par le ministère, M. Asser, jurisconsulte éclairé, a publié un parallèle remarquable du code français avec le nouveau code hollandais; il y met en regard, d'une façon claire et pratique, les principales dispositions des deux codes avec les motifs de la nouvelle loi, en sorte que son ouvrage doit être également recommandé aux jurisconsultes étrangers.

La loi sur le mariage a aussi éprouvé de notables améliorations dans le code hollandais; elle maintient, il est vrai, l'idée capitale du droit français, et déclare (art. 83) que la loi ne s'occupe du mariage qu'en ce qui concerne les rapports civils. C'est qu'elle a voulu, conformément à ce principe fondamental qui n'admet aucune religion dominante, proclamer que l'État abandonne à la conscience de chacun, jusqu'à quel point il désire satisfaire aux préceptes de sa religion. Mais le législateur hollandais restreint les formalités prescrites par le code français; il abolit complétement les *actes respectueux*, supprime toutes les dispositions relatives au conseil de famille, et il établit, d'une manière plus efficace, la nécessité du consentement des père et mère au mariage des enfants; la question, résolue diversement par les cours françaises, à savoir : quels sont les effets d'une promesse de mariage rompue par une des parties, est clairement tranchée par l'article 113 du code hollandais, portant qu'il n'y a point lieu à une demande en dommages-intérêts, à moins que la déclaration n'ait déjà été faite devant l'officier de l'état civil, et qu'une des parties n'ait éprouvé, dans ce cas, un dommage réel.

La communauté des biens, à titre universel, a été érigée en communauté légale; enfin le titre du divorce et de la séparation de corps est fort bien rédigé.

III. Le code civil de Sardaigne est conçu dans un esprit tout différent; il adopte, il est vrai, sur plusieurs points, les dispositions du code civil français, mais l'influence des idées

religieuses et l'empire absolu du culte catholique romain, l'empêchent d'envisager le mariage comme contrat civil, et lui dictent les dispositions de l'art. 103, qui porte : que le mariage doit être conclu, en observant les règles et les formalités ordonnées par l'Église catholique.

Il en résulte qu'un grand nombre de dispositions du code civil français ont dû être entièrement laissées de côté ; par exemple, le droit ecclésiastique est seul appelé à prononcer sur les empêchements qui résultent des degrés de parenté ; le législateur garde là-dessus un silence absolu ; selon les principes du droit catholique, le défaut de consentement de la part du père n'entraîne point la nullité du mariage, aussi les articles 109 et 110 donnent-ils seulement aux parents le droit de punir la désobéissance de leurs enfants, en les privant de certains avantages. Le principe de l'Église catholique romaine, que le mariage ne peut être dissous que par la mort de l'un des époux, est formulé dans l'art. 144 ; le divorce ne saurait donc avoir lieu, et la séparation de corps elle-même doit être prononcée par le juge ecclésiastique.

IV. Le règlement judiciaire sur le mariage, pour Bâle-ville, publié en 1837, est fait pour un canton protestant. La loi contient 127 articles ; la religion lui sert de point de départ, elle demande en conséquence, pour la validité du mariage (art. 40), qu'il soit contracté publiquement dans l'église, au moyen du consentement mutuel des époux, donné solennellement en présence des témoins, et qu'aura accompagné la bénédiction sacerdotale. Le règlement indique avec précision les conditions requises pour contracter mariage ; le consentement des parents est du nombre, mais pourtant il n'est exigé pour les filles que jusqu'à vingt ans et pour les fils que jusqu'à dix-huit ans révolus. Quant aux degrés de parenté, la loi accorde assez facilement les dispenses quand ces degrés ne sont pas rapprochés, et en ce qui concerne les alliés.

Les fiançailles conclues d'une manière régulière (art. 11), donnent lieu à une action judiciaire ; la loi spécifie (art. 30) les motifs pour lesquels une promesse de mariage peut être annulée, on y remarque surtout le changement de religion, et la fraude constatée quant à l'estimation de la fortune. Le divorce est admis pour une des quatre causes indiquées dans

Part. 51. Un tribunal distinct, composé de dix membres, dont deux ecclésiastiques, est institué pour connaître des contestations en matière de mariage.

V. La loi sur le mariage, du duché de Saxe-Gotha, comprend 194 articles; elle règle les rapports matrimoniaux entre protestants, et part aussi du point de vue religieux; elle exige (art. 59) que le mariage soit célébré dans l'église, à moins qu'une dispense n'accorde la liberté de le célébrer dans une maison particulière. Les conditions requises pour pouvoir contracter le mariage sont scrupuleusement détaillées, et la loi accorde largement au monarque le droit de dispense en ce qui concerne la proximité des degrés de parenté, le consentement des parents est essentiel, la loi prohibe toute union entre chrétiens et individus qui ne professent pas le christianisme (art. 18). Si les époux, appartenant aux différentes confessions de la religion chrétienne, ne sont pas d'accord sur la manière dont seront élevés les enfants issus de leur union, les fils doivent être élevés dans la religion du père et les filles dans celle de la mère. Les fiançailles donnent lieu à une action en justice (18), et la loi spécifie quatorze causes pour lesquelles un des fiancés peut en demander la résiliation (38-39). Le changement de religion y est compris, mais il n'opère l'annulation des fiançailles qu'en faveur de l'autre partie, et non de celle qui a changé de religion. Les publications ne se font pas par le ministère d'un officier de l'état civil, mais par le ministère d'un ecclésiastique de l'église. La loi déclare causes de divorce : l'adultère, l'abandon (dit *malitiosa desertio*), l'attentat commis sur la vie du conjoint, les sévices et même les injures verbales, l'incapacité ou le refus de remplir les devoirs conjugaux (aux termes de l'art. 110, la convention qui affranchit l'un des époux de l'obligation de faire lit commun est nulle), les vices contre nature, la folie, la frénésie, les maladies incurables, les crimes et délits graves.

L'art. 138 accorde au souverain la faculté de dissoudre le mariage à la demande des deux époux, ou de l'un d'eux, lorsqu'il y a incompatibilité d'humeur et qu'il ne reste aucun espoir de réconciliation.

VI. Le règlement sur le mariage pour le duché de Saxe-

Altenbourg, publié en 1837, comprend 288 articles; il est aussi destiné à régir un État protestant, et part du point de vue religieux; il regarde par conséquent les publications et la célébration du mariage dans l'église comme des formalités essentielles (§ 91 et 110). Le législateur s'est proposé de régler tous les rapports possibles qui résultent du mariage; c'est pourquoi toutes les questions de droit se trouvent développées avec une grande étendue, en particulier les droits et les obligations personnels sont spécifiés longuement, en phrases générales qui ne sont pas du domaine de la loi, et contiennent plutôt des préceptes de morale. Par exemple, l'art. 134 porte: « Les époux contractent par leur union l'obligation de s'aider mutuellement par leur amour, leur sincérité, leur confiance, leur douceur, leur parfait accord, les encouragements religieux et la patience à se rendre dignes de la destination, plus élevée, qui doit un jour devenir leur partage. »

Assurément ce n'est pas là une bonne manière de faire les lois : des admonitions de pareille nature ne sauraient faire partie d'un code.

La loi facilite la dissolution du mariage; nous en parlerons plus au long dans la suite; qu'il nous suffise de relever ici deux dispositions. Selon l'art. 189, le mari peut demander la nullité du mariage, s'il n'a appris qu'après son union que sa femme avait perdu sa virginité dans un commerce illicite. C'est là une disposition de la loi qui entraîne et favorise des enquêtes difficiles, contraires aux bonnes mœurs et à la bonne morale.

L'art. 230 autorise aussi un époux à demander le divorce quand son conjoint a, contrairement à sa volonté, changé de religion. Pourquoi donc un mari protestant serait-il investi du droit de se séparer de sa femme, parce que la conviction de celle-ci l'aurait portée à se faire catholique?

VII. La loi sur le mariage, du canton de Fribourg, forme une partie du code civil de ce pays, dans lequel la religion catholique est dominante. L'art. 53 porte que les conditions essentielles et les formalités requises pour contracter mariage, les causes d'opposition, aussi bien que celles de nullité, de séparation et de divorce, sont réglées par les dispositions spéciales des confessions chrétiennes, admises dans le

canton, et auxquelles appartiennent les époux. La loi est donc fort courte, et ne traite que des droits et des rapports personnels des époux et des relations de fortune. Ce n'est qu'à commencer de l'art. 136, que le législateur s'occupe de déterminer les droits et les obligations des époux pour le cas de séparation de corps entre catholiques, et de divorce entre protestants. On voit donc que la loi abandonne à l'Église tout ce qui concerne le contrat de mariage et sa dissolution.

Nous allons maintenant peser la valeur respective des dispositions de ces différentes législations, sous certains points de vue d'une gravité incontestable.

Une question importante se présente d'abord, à savoir : Jusqu'à quel point le consentement des parents pour contracter le mariage, doit être considéré comme indispensable. Les différentes confessions chrétiennes sont en désaccord sur ce point. Ainsi la religion catholique réclame le consentement des parents, mais elle ne le regarde pas comme tellement substantiel, qu'à son défaut le mariage doive être dissous, et cela par la raison toute simple, qu'en considérant le mariage comme sacrement, elle lui imprime un caractère d'indissolubilité. Le droit protestant, au contraire, ne reconnaissant point ce caractère au mariage, réclame le consentement du père seul, il est vrai, mais il le regarde comme tellement essentiel, qu'à défaut de cette condition le mariage peut être dissous. La nouvelle loi polonaise consacre la même distinction. L'article 16 oblige tout catholique qui n'aurait pas atteint l'âge de vingt et un ans révolus, de requérir le consentement du père, et ce dernier étant mort, ou absent, ou enfin, déclaré incapable, le consentement de la mère, et à son défaut, celui du tuteur. Les enfants qui, en contravention de cet article, auraient contracté mariage sans le consentement de leurs parents, peuvent (art. 19) être privés par ceux-ci de la moitié de leur légitime. Chez les protestants, au contraire, le défaut de consentement (art. 130) autorise les parents à porter plainte en nullité de mariage. Le code sarde (art. 109), fidèle à l'esprit du catholicisme, prescrit, il est vrai, aux enfants de demander le consentement de leurs parents, mais sans qu'il en résulte en aucun cas le droit de poursuivre l'annulation du mariage; les enfants qui auraient négligé cette formalité

peuvent seulement être privés de certains avantages par leurs parents.

Dans les pays protestants, si le consentement des parents est généralement exigé pour la validité du mariage, il l'est de diverses manières. La loi de Saxe-Gotha veut (art. 4) que les enfants demandent le consentement de leurs parents à tout âge, et quand même ils ont formé un établissement indépendant; en cas de divergence de volonté entre le père et la mère, l'avis du premier l'emporte ; mais la mère peut soumettre ses objections à la décision du tribunal compétent qui décide s'il existe, ou non, un motif d'empêchement légal. Si les parents sont morts, les enfants doivent réclamer le consentement de leurs aïeuls.

Selon la loi d'Altenbourg (art. 18), les enfants ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs parents, quand même ils seraient déjà majeurs, ou que, munis d'un tel consentement, ils auraient déjà été mariés une première fois. En cas de dissentiment entre le père et la mère, l'opinion du premier est déclarée prépondérante. La loi ne dispense que dans un petit nombre de cas de cette obligation générale (art. 24), comme par exemple, si quelqu'un veut, en reparation d'honneur, épouser une fille qui a tenu jusque-là une conduite irréprochable, ou bien une veuve, quand l'une ou l'autre est enceinte de ses œuvres; ou bien quand le père est absent pour cause légitime, et qu'il pourrait résulter un dommage irréparable pour l'enfant, si l'on attendait le consentement paternel. Le défaut de consentement n'autorise point à demander la dissolution du mariage (art. 32); mais les parents ont dans ce cas le droit de déshériter leurs enfants.

La loi sur le mariage, de Bâle-ville, exige le consentement des père et mère ou des aïeuls pour les fils âgés de moins de vingt ans et pour les filles âgées de moins de dix-huit ans; à défaut de consentement le mariage ne peut être dissous, mais les parents peuvent déshériter leurs enfants (art. 86 et 87).

Le code hollandais renferme de sages dispositions à cet égard; les enfants mineurs doivent demander le consentement de leurs père et mère; si la mère ne se déclare pas, ou refuse de consentir, le consentement du père suffit; mais il doit être constaté dans l'acte même que l'approbation de celle-ci a été requise par l'enfant. Après le décès du pere, ou s'il est dans

l'impossibilité de faire sa déclaration, le consentement de la mère est déclaré indispensable. Si les deux parents sont morts, la loi exige le consentement de l'aïeul du côté paternel, et, à son défaut, de l'aïeul du côté maternel. Selon l'art. 99, les enfants même majeurs, mais n'ayant pas encore trente ans révolus, doivent demander l'approbation de leurs père et mère, et cependant s'ils ne l'obtiennent pas, ils peuvent s'adresser au juge du canton qui doit entendre les motifs de refus allégués par les parents, et chercher à les faire consentir; mais s'il n'y réussit pas, il peut néanmoins faire passer outre à la célébration du mariage.

La question sur laquelle nous venons de rappeler les dispositions de diverses législations, est d'une haute importance. Il faut en effet que le législateur prenne en considération la voix de la nature, et le respect dû aux parents, en obligeant les enfants à demander le consentement des auteurs de leurs jours. La loi doit présumer que les parents désirent avant tout le bien de leurs enfants, et peuvent juger le mieux si le mariage projeté est ou non convenable; mais pour cela même, il est nécessaire que la mère soit aussi entendue, car les enfants lui doivent autant de respect qu'à leur père, et elle sait souvent mieux encore apprécier les rapports délicats de la vie sociale. Il est juste cependant qu'en cas de dissentiment, l'opinion du père, comme chef de la famille, l'emporte, sans que pour cela on néglige l'avis de la mère. La loi de Gotha semble la meilleure, elle admet la mère à se pourvoir devant le tribunal compétent, qui décide alors en dernier ressort.

La loi ne doit pourtant pas mettre de côté les circonstances particulières dans lesquelles les hommes peuvent se trouver, et pousser trop loin l'exigence du consentement des père et mère. Il est beau que même des enfants majeurs écoutent la voix de leurs parents, lorsqu'il s'agit de prendre une détermination aussi importante pour leur avenir, que l'est celle de contracter mariage; mais le législateur devrait s'abstenir d'y ajouter la sanction de la contrainte, puisque la loi reconnaît déjà elle-même la majorité comme l'époque de l'émancipation définitive des enfants; ceux-ci, en quittant la maison paternelle, lui deviennent souvent étrangers, et ils sont par là plus à même d'apprécier l'utilité et les convenances d'un mariage, que des parents domiciliés à une distance qui les met hors d'état de

connaître la position réelle de leurs enfants. C'est donc à tort que le code français (art 148) adopta pour le mariage une époque de majorité différente de celle fixée pour tous les autres actes civils. Pourquoi ne se contente-t-on pas de l'âge de vingt et un ans, qui rend apte de contracter toute autre obligation de la vie sociale ? On ne saurait non plus approuver la disposition de l'art 151 du code civil, lequel exige de la part des enfants majeurs jusqu'à l'âge de trente ans révolus, un *son-disant acte respectueux*, qu'on pourrait plutôt qualifier d'*acte irrespectueux*, puisqu'il s'accomplit par l'intermédiaire d'un huissier, et que le fils envoie un exploit à son père comme un créancier à son débiteur. Il y a bien plus de dignité dans la disposition du code hollandais, qui dans un pareil cas fait intervenir le ministère du juge.

Le législateur doit songer aussi à garantir les enfants contre l'opiniâtreté, ou le caprice, ou les préjugés de leurs parents ; il faut qu'il prescrive, qu'en cas de refus injuste, le défaut de consentement des ascendants pourra être suppléé par l'autorité judiciaire. C'est ce qui se pratique selon le droit allemand. Il est, il est vrai, difficile de préciser quels sont les motifs de refus de consentement qui doivent être respectés. La loi de Gotha (art. 8) déclare valables les motifs qui peuvent inspirer la crainte, raisonnable et vraisemblable, d'une union malheureuse, comme par exemple le défaut de moyens d'entretien, une condamnation à une peine infamante, des habitudes de prodigalité, d'ivrognerie ou de débauche, des maladies graves, telles que la phthisie, ou bien une trop grande inégalité de condition entre les futurs époux. Les mêmes motifs se rencontrent aussi dans la loi d'Altenbourg, qui y ajoute encore une trop grande inégalité d'âge. La nouvelle loi polonaise (art. 19) range aussi parmi les justes motifs de refus une différence trop saillante dans la culture intellectuelle des époux.

Il nous reste à examiner l'importante question des rapports de l'autorité ecclésiastique et du pouvoir civil, en ce qui concerne le mariage.

Naguère encore l'Église considérait l'union des époux comme une convention purement religieuse ; elle décidait de la validité du lien conjugal ; et le mariage, regardé comme sacrement, réclamait, pour condition première, la bénédic-

tion nuptiale donnée par l'Église. Le prêtre était officier de l'état civil, et le mariage ne se trouvait inscrit que sur les registres ecclésiastiques; l'État ne reconnaissait non plus comme valable que le mariage déclaré légitime et béni par l'Église; aussi le droit d'accorder des dispenses appartenait-il exclusivement à celle-ci. Mais depuis la réforme, les choses prirent une face nouvelle; les pays protestants s'étant séparés de l'Église catholique romaine, on vit s'évanouir l'autorité spirituelle du pape et ses prétentions. Les souverains protestants s'attribuèrent les droits de régler par eux-mêmes les affaires de l'Église et d'en connaître en dernier ressort. Du moment qu'on attaqua le caractère de *sacrement* qu'avait imprimé au lien conjugal la religion catholique, on arriva naturellement à se préoccuper davantage du mariage dans ses rapports avec l'État. Désormais ce fut la législation civile qui établit les conditions requises pour pouvoir contracter mariage; elle adoucit la sévérité de certaines règles, et se réserva les droits d'accorder des dispenses pour empêchements opposés par la loi à l'union des époux. Cependant les protestants eux-mêmes demeurèrent fidèles à la doctrine suivant laquelle la bénédiction religieuse était considérée comme condition essentielle pour contracter mariage. L'État informait la validité de toute union que l'autorité ecclésiastique refusait à sanctionner. Mais à la fin du dernier siècle, d'autres idées eurent cours et se propagèrent rapidement. Une légèreté, de jour en jour plus commune, porta atteinte à la sainteté de l'union conjugale. On proclama avec insistance que le mariage n'était qu'un contrat civil, et que la loi devait le protéger comme tel; on essaya fréquemment de s'affranchir de toute influence religieuse. La révolution française favorisa singulièrement ce dernier système (1). On démolit le pouvoir de l'Église et l'autorité des prêtres; et, en se prononçant contre toute espèce de contrainte, l'on proclama *la liberté de conscience* et l'on fit appel au principe de *l'égalité* des droits. Ainsi prirent naissance les dispositions qui confèrent à l'autorité séculière la tenue des registres de l'état civil, et celles en vertu desquelles la célébration du mariage eut lieu devant l'officier civil. Telle fut la base adop-

(1) V. Laferrière, Histoire du droit français, t. II, p. 531.

tée par le code civil français. Lorsque plus tard il arriva qu'en l'absence d'une disposition contraire de la loi, des prêtres catholiques essayèrent de se marier, on sembla reculer devant les conséquences du principe fondamental, qui ne faisait considérer le mariage que comme un contrat civil, et il intervint des arrêts qui soulèvent de graves objections (1).

Quand on rapproche, à ce sujet, les dispositions des législations les plus récentes, on rencontre une grande diversité de tendance. Quelques-unes, comme par exemple le code sarde (2), déclarent que le mariage doit être conclu conformément aux règles et avec les formalités prescrites par l'Église catholique.

D'autres, tout en demeurant fidèles à l'ancienne doctrine, que l'union des époux est un acte religieux, et doit être bénie par l'Église, réservent néanmoins à l'État le droit d'accorder des dispenses en cas d'empêchement de mariage (3).

Il en est enfin qui, ne considérant le mariage que comme un contrat civil, ne requièrent pour sa validité qu'une déclaration déterminée par la loi, et qui doit être faite devant un fonctionnaire civil, en laissant de côté les prétentions contraires de l'Église. Telles sont les législations française, hollandaise, et la loi du 12 décembre 1835 pour le pays de Vaud.

Ici se révèle une vérité qui doit être toujours présente à l'esprit du législateur. Dans la confection des lois, loin de se conformer à certains principes consacrés uniquement par la théorie, il doit surtout se diriger d'après les habitudes du pays auquel la loi est destinée, et obéir aux opinions de la nation. Il est des pays où il n'existe qu'une seule religion, par exemple la religion catholique, où les rapports entre l'État et l'Église sont déterminés par des conventions ou des lois précises, où il n'y a guère de mariages mixtes, et où, par conséquent, les prêtres catholiques ne sont point amenés, par des considérations religieuses, à refuser la bénédiction nuptiale, où en-

(1) V. Laferrière, Histoire du droit français. t. II, p. 470.

(2) Codice civile per gli Stati di S. M. il rè di Sardegna, art. 108.

(3) C'est là le système des États protestants allemands, comme on peut par exemple s'en convaincre en examinant le règlement sur le mariage, de la principauté d'Altenbourg, art. 2.

fin l'opinion publique réclame la sanction religieuse du mariage, et se refuse à considérer comme une union légitime celle qui est contractée sous d'autres auspices. En présence de ces circonstances diverses, il importe aussi que le législateur demeure fidèle au principe, que la bénédiction nuptiale est essentielle pour la validité du mariage. C'est donc à tort qu'on a critiqué le code sarde à cet égard, et un nouvel écrit (1) a victorieusement réfuté les assertions contraires. Ce code n'a pas manqué de régler les effets civils du mariage et de protéger les intérêts de l'État, partout où ils se manifestent. Les registres de l'état civil y ont été, il est vrai, abandonnés par une loi nouvelle, celle du 20 juin 1837, à l'autorité ecclésiastique ; mais cette loi prend en même temps un soin particulier pour assurer la tenue régulière des registres, et réserve à l'autorité civile un droit de surveillance spéciale à cet égard.

Le législateur se trouve dans une position plus difficile dans les pays dont les habitants professent des cultes divers, et où, par conséquent, ont lieu fréquemment des mariages mixtes entre les catholiques et les protestants. Les événements dont nous sommes témoins en Allemagne, ramènent vivement l'attention sur une matière aussi importante. Il arrive souvent qu'un catholique veuille contracter mariage avec une personne qui professe la religion protestante ; alors les époux désirent que leur union soit bénie par le prêtre catholique ; celui-ci leur impose ordinairement des conditions rigoureuses, et qui portent atteinte à la liberté des consciences, particulièrement en ce qui concerne la religion dans laquelle les enfants doivent être élevés ; il déclare péremptoirement qu'il n'accordera point la bénédiction nuptiale, à moins que les nouveaux époux ne s'obligent à élever tous leurs enfants dans la religion catholique romaine; et s'ils n'obtempèrent pas à cette exigence, la bénédiction religieuse leur est refusée, et le mariage ne peut avoir lieu. Ce conflit amène souvent de tristes conséquences ; car les protestants se laissent ainsi entrainer à faire des promesses qu'ils sont bien décidés à ne pas tenir, ou bien ils renoncent au mariage. Une semblable contrainte a aussi lieu, lorsqu'un individu professant la re-

(1) Remarques sur le nouveau code civil pour les États sardes, et sur quelques critiques Paris, 1838 p. 17-18.

ligion catholique se propose d'épouser un individu protestant divorcé ; il arrive alors que le prêtre catholique refuse la bénédiction nuptiale en alléguant pour motif que l'Église romaine n'admet point le divorce, et que, par conséquent, le protestant ne peut contracter un second mariage.

Naguère encore les prêtres catholiques, en Allemagne, ne soulevaient point de semblables difficultés, et, bien loin d'imposer des conditions dont ils auraient fait dépendre la bénédiction nuptiale des mariages mixtes, ils se contentaient, jusque dans ces derniers temps, de rappeler aux époux que l'Église formait le vœu de voir élever les enfants dans la religion romaine. Ce n'est que tout dernièrement que l'opposition de l'archevêque de Cologne a modifié les rapports respectifs de l'Église et de l'État, et que dans plusieurs pays les prêtres catholiques, s'appuyant sur les anciennes prétentions du pape, résolurent de refuser leur bénédiction toutes les fois que l'époux catholique ne s'obligerait point expressément à élever tous ses enfants dans le culte romain. Un grand nombre de mariages ont été ainsi entravés, et la paix du foyer domestique s'est trouvée troublée, surtout dans les États allemands dont la législation spéciale détermine dans quelle religion les enfants doivent être élevés, au cas où les époux n'ont rien stipulé à cet égard. C'est ainsi qu'en Bavière les fils doivent être élevés dans la religion du père, et les filles dans celle que professe leur mère, tandis que, dans les États de Bade, les enfants des deux sexes suivent indistinctement la religion de leur père. La nouvelle loi polonaise (art. 195) adopte le principe du code de Bavière (1). Un seul État allemand, le Hanovre, dans sa loi du 31 juillet 1836, interdit toute stipulation à cet égard, et statue que la volonté seule du père doit prévaloir dans le cas où il y aurait divergence d'opinions entre les époux sur la question de savoir dans quelle religion les enfants doivent être élevés. Ce dernier système, conforme d'ailleurs à la législation française, semble être le

(1) Il y a toutefois une grave exception au cas où le mariage mixte a lieu avec un individu professant le culte *gréco-russe*; alors l'art. 201 de la même loi oblige l'autre époux à promettre *par écrit* que les enfants issus de ce mariage seront élevés dans le culte *gréco-russe*. Une pareille disposition étonne surtout dans un pays où, d'après l'art. 5 des statuts organiques de 1832, la religion catholique romaine *devait jouir d'une protection spéciale*.

meilleur; car on ne devrait jamais faire de la religion l'objet d'un contrat, et d'ailleurs, les circonstances qui varient durant le cours du mariage peuvent amener une autre resolution à cet égard. Bien qu'en dernier lieu le père seul prononce, la mère conserve toute l'influence de sa position, car la tâche d'instruire les enfants des premiers principes de la religion, lui est ordinairement dévolue.

La position du législateur dans les États où les prêtres catholiques veulent exercer l'espèce de contrainte dont nous venons de faire mention, est fort difficile. L'expédient le plus simple semble être, il est vrai, celui auquel a eu recours la législation française, en déclarant le mariage un contrat civil, sans exiger la bénédiction religieuse. Mais cette tentative présenterait de graves dangers là où l'opinion publique se prononce dans un sens différent. Le mariage, ainsi que le prouve l'histoire de tous les temps, réclame une célébration solennelle et une haute sanction, telle que la lui imprime, dans les États chrétiens, l'intervention de l'Église. Grâce à cette sanction religieuse, le peuple respecte le mariage comme une sainte institution et les époux se gardent mieux la foi jurée. Mais qu'un législateur porte violemment atteinte à l'opinion du peuple, et enlève au mariage son caractère sacré, en l'affranchissant de la nécessité d'une bénédiction religieuse, il y a tout lieu de craindre qu'il n'arrive à ébranler les idées du pays sur la sainteté du mariage, à faire envisager aux époux leur union comme moins sérieuse et à leur faire négliger le strict accomplissement de leurs devoirs mutuels. Il est à remarquer qu'en France et dans les pays où le code civil français est encore obligatoire, les époux, nonobstant le silence de la loi, ne se croient pas pourtant dispensés de faire suivre l'acte civil du maire, de la bénédiction de l'Église; car la voix du peuple réprouverait hautement l'omission de la consécration religieuse.

Pour agir sagement, le législateur doit par conséquent, dans ses dispositions concernant le mariage, concilier un double intérêt. Premièrement, il est de l'intérêt de l'État que le mariage soit regardé comme une institution sacrée, et ne se trouve pas placé par le peuple au niveau des contrats ordinaires; il importe donc que l'Église prête sa consécration solennelle à l'union des époux; mais, d'un autre côté, l'Église

ne peut être réduite à subir une contrainte injuste, et le prêtre ne doit pas être forcé de bénir une union, bien qu'elle soit contraire aux principes religieux. En partant de ce point de vue, l'État déclare qu'en principe le mariage doit être sanctionné selon les règles prescrites par la religion que professe chacun des époux, mais que le prêtre ne peut être contraint de procéder à la cérémonie contre sa conviction religieuse. Où en viendrait-on, par exemple, si l'on voulait, à l'aide de gendarmes ou au moyen d'un emprisonnement, forcer un prêtre à bénir un mariage? Le peuple ne regarderait-il pas une semblable cérémonie comme une violence scandaleuse? Le pouvoir lui-même ne serait-il pas disposé à refuser son estime à un ecclésiastique que la crainte seule de la punition aurait déterminé à faire ce qui répugnait à sa conscience? Dès que l'État protége une religion, il doit aussi respecter ses doctrines, et ne saurait désapprouver le ministre du culte qui reste fidèle à ses préceptes. Dans un conflit d'opinions, les gendarmes et la prison ne remédient à rien; ceux contre lesquels on emploiera la contrainte seront regardés comme martyrs de la foi.

Il faut pourtant dans plusieurs pays que le prêtre soit considéré en cette double qualité, à savoir, et comme serviteur de Dieu, et comme officier de l'état civil. Comme serviteur de Dieu, il ne saurait être soumis à quelque contrainte que ce soit de la part de l'État pour faire ce que l'Église défend; comme officier de l'état civil, au contraire, il dépend essentiellement de l'autorité civile; car les *registres* ne sont établis que dans l'intérêt de la société. Il en résulte que le prêtre peut, en sa qualité d'officier de l'état civil, être obligé d'enregistrer un mariage, bien qu'il se refuse à le bénir. Le législateur doit, en outre, maintenir la liberté de conscience et protéger chaque citoyen contre une contrainte de la part de l'Église, qui empêcherait de contracter une union que l'État favorise, et qui est conforme aux préceptes de la loi civile. Si donc un individu désire former une union autorisée par les lois du pays, et que le ministre du culte professé par cet individu se refuse à la bénir, il faut bien que l'État soit investi du pouvoir nécessaire pour faire conclure un tel mariage. L'État laissera ici à chacun pleine liberté; les futurs conjoints, au cas où les principes de l'État seraient en con-

tradiction avec les prétentions du clergé, auront à choisir entre les inspirations de leur conscience et renoncer à l'union que désapprouve l'Eglise, ou bien s'en rapporter complétement aux lois civiles et former un nœud qui assurera toujours aux enfants un état légitime. Si donc, dans un mariage mixte, le prêtre catholique persiste à exiger que les futurs époux s'obligent à élever tous leurs enfants dans la religion romaine, et que ceux-ci refusent de s'y soumettre, l'Etat ne peut, il est vrai, contraindre l'ecclésiastique à bénir une pareille union, mais il doit fournir aux futurs époux les moyens de conclure un mariage qu'il reconnaît valable.

Ces moyens sont : 1° De déclarer suffisante la consécration du mariage, bien qu'elle ait uniquement lieu par l'office du ministre d'un autre culte chrétien. La nouvelle loi polonaise a donc eu raison de dire, dans son article 194, qu'un mariage conclu entre un catholique et un protestant peut être béni par le prêtre protestant seul, si le prêtre catholique refuse sa bénédiction (1). De cette manière, le caractère religieux du mariage est maintenu, et le refus du prêtre catholique ne peut porter préjudice à l'époux professant la religion romaine, en l'empêchant de contracter mariage.

2° D'adopter un règlement analogue à celui qui est en vigueur dans le grand-duché de Bade. Dans ce pays, le code civil français est en vigueur, sauf quelques additions et modifications qui consistent, en matière du mariage, *a* en ce que les fonctions d'*officier de l'état civil* y sont remplies par les ecclésiastiques et non par les maires; *b* en ce qu'un règlement distinct sur le mariage, du mois de juillet 1807, continue à être obligatoire. Ce règlement déclare, dans son § 2, que la bénédiction religieuse est indispensable pour la validité du mariage; mais en même temps son § 60 renferme, en cas de conflit, un moyen remarquable de conciliation, en reconnaissant au souverain le droit de faire remplacer, par le mariage civil, le mariage religieux ou la bénédiction épiscopale, là où elle serait refusée par l'autorité ecclésiastique. En pareil cas, le ministre catholique

(1) Ceci n'a pas lieu dans les mariages mixtes, quand l'un des futurs époux appartient au culte *gréco-russe*, car l'art. 200 déclare un tel mariage nul s'il n'est pas célébré devant le prêtre *gréco-russe*

n'est pas obligé d'accorder la bénédiction nuptiale, mais seulement de déclarer, en qualité d'officier de l'état civil « que, conformément au § 19 dudit règlement, il autorise les futurs conjoints, au nom de l'État seulement, et sans accorder l'approbation religieuse, à vivre ensemble comme époux. » Un semblable mariage est alors inscrit sur les registres de l'état civil, et produit tous les effets du mariage suivi de la bénédiction nuptiale. Une déclaration de 1807, postérieure au règlement, parle de cette autorisation donnée par l'État, comme d'une voie extraordinaire, ouverte contre les empiétements de l'Église, *in viâ defensionis contra excessus potestatis ecclesiasticæ* (1). Le législateur ne fait que prendre sous sa protection le citoyen opprimé par le clergé qui veut lui interdire un acte autorisé par la loi de l'État. Des autorisations de cette nature sont données, mais rarement, par le grand-duc de Bade; on y a surtout recours quand un chrétien veut épouser une juive, ou lorsque l'autorité ecclésiastique se refuse à accorder les dispenses nécessaires en cas de proche parenté. Le gouvernement ne manquerait pas non plus d'accorder un pareil consentement, si l'Église voulait forcer les futurs époux, en cas de mariage mixte, à prendre l'engagement d'élever tous leurs enfants dans la religion catholique, et refusait autrement de procéder à la cérémonie nuptiale. Mais on doit le reconnaître, à l'honneur des respectables ecclésiastiques du pays de Bade, qu'ils ont su, jusqu'à présent, concilier sagement leurs devoirs de serviteurs de l'Église avec ceux de fonctionnaires de l'État, et qu'ils n'ont jamais mis le gouvernement dans la dure nécessité de faire appel aux moyens extraordinaires que la loi laisse à sa disposition.

II. Un autre objet important dont doit s'occuper une loi sur le mariage, c'est de fixer avec précision les rapports des époux en ce qui concerne les droits dévolus à la femme dans l'administration de sa fortune. L'expérience nous apprend que le législateur se laisse souvent égarer par les préjugés du passé, sans se pénétrer des exigences du présent. Le droit romain reconnaissait la nécessité de prémunir les femmes

(1) Weiler, Archives du droit et de la législation de Bade, volume IV, page 10.

contre une légèreté préjudiciable, qu'elles pourraient apporter dans la gestion de leurs biens ; aussi, le *sénatus-consulte Velléien*, et la 134e novelle (chap VIII), ont-ils eu pour but de les entourer d'une protection toute particulière.

Dans les États allemands, sous l'influence du *mundium germanique*, s'établit peu à peu un droit de tutelle du mari sur la fortune de sa femme, en sorte que celle-ci ne put aborder aucune affaire judiciaire ou même extrajudiciaire, sans l'autorisation du mari. On mitigea cependant la sévérité de ce principe dans les circonstances journalières de la vie commune, en reconnaissant l'indépendance de la femme en ce qui regarde les affaires de ménage, en vertu du droit désigné sous le nom de *potestas clavium*; en outre, une jurisprudence constante consacra cette autre règle, selon laquelle on admet comme suffisante l'autorisation tacite du mari, qu'on suppose aisément avoir été accordée toutes les fois qu'il résulte des circonstances que le mari n'aurait pu refuser une autorisation réelle, sans porter atteinte aux intérêts bien entendus du ménage commun.

A mesure que le droit romain se propagea de plus en plus en Europe, les principes du *mundium* durent s'effacer successivement et céder le pas aux dispositions de ce droit, favorable aux intérêts des femmes. Cependant, les mauvais résultats des restrictions de la loi romaine ne tardèrent pas à se manifester, surtout pour les femmes mêlées au négoce, et la jurisprudence fit tomber en désuétude les dispositions du droit romain, ou du moins permit aux femmes de s'engager valablement pour leurs maris, pourvu qu'après avoir été informées des priviléges spéciaux dont elles jouissaient d'après la loi, elles renoncassent expressément, par acte passé en justice, *au bénéfice du sénatus-consulte Velléien*.

Les nouvelles législations diffèrent grandement dans leurs dispositions à cet égard.

Le code civil français (art. 215-226) maintient *l'autorisation* du mari, consacrée par le droit coutumier, et déclare que *la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation du mari, et qu'elle ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.* En cas de refus du mari, ou s'il est absent, interdit, ou frappé d'une con-

damnation emportant peine afflictive ou infamante, la femme doit demander l'autorisation du juge pour tous les actes ci-dessus mentionnés. Ce principe du code civil français est passé dans les législations nouvelles auxquelles ce code a servi de base; mais on reconnut bientôt l'extrême sévérité de ces dispositions; car, selon le cours ordinaire des choses, la femme se trouve souvent dans le cas d'agir seule, et les personnes qui traitent avec elle, s'habitnent à ne pas regarder l'autorisation du mari comme indispensable et peuvent facilement être induites en erreur.

Ces considérations ont fait admettre des exceptions à la règle de l'autorisation maritale. C'est ainsi que, dans le code du grand-duché de Bade, lequel, comme nous l'avons déjà observé, est calqué sur le code civil français, on a modifié l'art. 1420, en ce sens que la femme chargée de diriger le ménage commun, est par là même autorisée à faire tout ce qui rentre dans le cercle des relations domestiques.

Le code de Sardaigne, qui, dans son article 129, exige aussi l'autorisation du mari, prend encore un plus grand soin des intérêts de la femme, en déclarant (art. 131 et 133), que l'autorisation du juge est indispensable toutes les fois que dans des actes judiciaires et même extrajudiciaires, mais qui dépassent des objets de pure administration, les intérêts du mari et ceux de la femme peuvent se trouver en opposition.

Le nouveau code hollandais exige également l'autorisation du mari (art. 163) pour la validité de l'acte passé par la femme; mais il ajoute sagement, qu'il y a présomption légale que cette autorisation a été accordée, dès qu'il s'agit de dépenses ordinaires et journalières.

D'autres législations (1) reconnaissent un droit de tutelle au mari pour les actes judiciaires et extrajudiciaires de la femme, de manière qu'elle ne saurait s'engager valablement sans l'autorisation du mari, en exceptant, toutefois, l'achat des provisions nécessaires pour l'entretien du ménage et les affaires qui s'y rattachent.

D'autres codes (2) envisagent aussi le mari comme chef de

(1) Par exemple, le règlement sur le mariage, du duché d'Altenbourg, art. 113.
(2) Par exemple, le code civil de l'empire d'Autriche, art. 31.

la communauté; mais ils ne réclament nullement son autorisation pour valider les actes passés par la femme, et permettent même qu'elle s'engage pour le mari sans être assistée de personne (1).

Les nouvelles législations de la Suisse partent d'un point de vue opposé, et exigent l'autorisation du mari comme le code civil français; elles vont même plus loin en exigeant, par exemple (2), outre l'autorisation du mari, celle de deux plus proches parents, et lorsque la femme s'oblige au profit de son mari, l'autorisation du juge de paix. Si dans le canton de Genève (3) le code civil français est maintenu, ce n'est qu'avec cette modification essentielle : « *Qu'aucune femme mariée ne pourra directement ou indirectement s'obliger comme partie principale ou comme caution pour son mari ou dans l'intérêt de ce dernier, si elle n'y est formellement autorisée par deux conseillers, qui seront nommés par le procureur général, après qu'il aura entendu la femme hors de la présence du mari.* On peut voir par là combien la diversité des systèmes se lie aux différentes manières dont les législateurs ont envisagé les rapports mutuels des époux. On paraît néanmoins trop s'attacher encore aux anciennes opinions sur la position des femmes.

A une époque où les femmes se trouvaient exclues de toutes les relations d'affaires; où les filles vivaient silencieuses et isolées dans le cercle restreint de la famille, apprenaient de bonne heure à obéir sans réserve à leurs futurs époux, et recevaient une instruction très-bornée; où même la rudesse des mœurs accordait aux maris jusqu'au pouvoir de châtier leurs femmes, il pouvait être nécessaire de garantir d'un côté les femmes contre la tyrannie de leurs maris, et de l'autre les maris contre l'inexpérience des femmes, et contre la légèreté avec laquelle elles auraient abordé des affaires importantes. Le mari devait être constitué conseiller nécessaire de la femme et chef de la famille; son autorisation était indispensable, car il avait le plus grand intérêt à ce que les affaires domestiques fussent bien gérées. Ces principes ne pouvaient manquer d'être strictement appliqués dans un temps où la con-

(1) Code civil de l'empire d'Autriche, art 1349
(2) Code civil du pays de Vaud, art 117-125.
(3) Selon une loi du 30 janvier 1819

naissance des lois était peu répandue, où il était difficile d'acquérir des notions de droit, et où par conséquent les femmes, par leur éducation imparfaite, y restaient complétement étrangères. Tout cela a bien changé; l'éducation des filles est très-soignée, et leur procure les moyens de former leur intelligence; les femmes prennent une si grande part aux affaires qu'elles parviennent à les connaître aussi bien que les hommes. Dans la classe agricole, et parmi les ouvriers, c'est sur les femmes que, pour la plupart du temps, retombe la charge de vaquer aux affaires. L'expérience prouve qu'elles possèdent l'esprit et l'intelligence nécessaires pour bien apprécier les différents rapports qui resultent de la vie sociale. La douceur des mœurs et une société entièrement métamorphosée, ne tolèrent plus la rudesse et la tyrannie des hommes; la protection que la femme rencontre dans l'opinion publique et dans les mœurs lui donne le courage nécessaire pour s'opposer aux prétentions exagérées des maris. D'ailleurs la connaissance des lois s'acquiert plus aisément surtout dans les pays qui sont dotés d'une législation codifiée et lucide; les femmes ne rencontrent donc plus de difficulté pour s'aider de conseils qui peuvent leur devenir nécessaires. Dans ces circonstances, le système des nouveaux codes allemands, par exemple celui du code autrichien, qui n'exige pas l'autorisation du mari, semble préférable au système français. Au reste, l'exigence du législateur demeure le plus souvent une lettre morte, et n'exerce que peu d'influence réelle, car le grand nombre ne songe pas à réclamer de semblables autorisations. En France, comme dans le pays de Bade, les femmes mariées achètent, font des commandes, louent des immeubles, ou acceptent des dons, sans réclamer le consentement de leurs maris. Si la loi exige l'autorisation du mari pour tous les actes de la femme, il arrive de deux choses l'une, ou cette disposition ne reçoit pas d'application; ou elle est strictement observée. Dans le premier cas il en résulte des surprises funestes à la bonne foi; car comme personne ne demande l'autorisation du mari, un individu agissant ordinairement avec prudence, peut aussi ne pas la réclamer, et s'il a le malheur de traiter avec une femme capricieuse qui désire détruire la convention après l'avoir conclue, ou de rencontrer un mari astucieux qui veuille tirer

profit de l'occasion, il a tout lieu de craindre que la femme ou le mari ne lui opposent le défaut d'autorisation ; de cette manière le tiers qui agit de bonne foi devient victime d'une loi qui, dans le cours ordinaire des choses, n'est nullement appliquée. Si, au contraire, la loi est pleinement exécutée, il en résulte de nouveaux inconvénients; le mari, par exemple, est-il forcé de s'absenter soudain et pour longtemps, ou tombe-t-il malade, et croit-on devoir lui épargner les tracasseries des affaires, la femme est mise dans la nécessité de rechercher l'autorisation du juge, ce qui l'expose à de fortes dépenses, et au désagrément de dévoiler des secrets de famille. En tout cas il y a perte de temps, lorsqu'un époux opiniâtre tarde à prendre une décision, et qu'il laisse ainsi passer le moment favorable pour conclure une affaire; il en résulte souvent un dommage irréparable pour les enfants. Toute la question est donc de savoir si la culture moins avancée des femmes, et la rudesse des hommes, si l'état des mœurs enfin réclament impérieusement que le législateur limite la liberté d'action des femmes; il est donc de son devoir de bien peser et approfondir la situation morale et intellectuelle de la nation; et ne doit-on pas, par exemple, être étonné de voir, dans un pays aussi éclairé que la France, les femmes moins libres qu'en Autriche, pour gérer leurs affaires? Le législateur croit-il devoir persister dans son système d'autorisation maritale, qu'il y apporte du moins la modification que nous venons de signaler dans le code hollandais; car ne serait-il pas ridicule d'exiger l'autorisation du mari, même pour les objets de consommation journalière dans le ménage?

Nous ne saurions approuver le principe qui domine dans les lois suisses, et selon lequel, quand il s'agit de stipulations faites par la femme en faveur du mari, on doit requérir l'autorisation du juge, ou même une enquête de la part des proches parents ou des conseillers de justice comme à Genève; avec de telles dispositions, on enlève aux rapports intimes des époux leur caractère de pureté et de délicatesse, en soulevant le voile du foyer domestique devant des étrangers. L'état actuel des mœurs fait qu'on peut, sans nul danger, se passer de semblables garanties pour les femmes. L'intervention des parents n'est qu'une pure formalité, quelquefois fort

dangereuse; car, d'un côté, il peut se trouver des parents opiniâtres ou rigoristes, qui refusent leur autorisation, sans alléguer aucune raison plausible; et, d'autre part, le mari résolu à obtenir de sa femme des concessions, préjudiciables à celle-ci, saura toujours en venir à ses fins.

Il nous reste à traiter la matière importante du divorce et de la séparation de corps dans l'état actuel de la législation, et nous la ferons dans un article distinct.

Mittermaier,

Professeur à la faculté de droit de Heidelberg.

COUP-D'OEIL SUR LA LEGISLATION POLONAISE.

(SECONDE PARTIE) (1).

LOIS ÉTRANGÈRES — *Codes prussien et autrichien.*

Nous avons, dans la première partie de ce travail, essayé de présenter un précis de l'ancienne législation polonaise, telle qu'elle avait existé depuis le milieu du quatorzième siècle jusqu'au démembrement définitif de ce pays. Nous allons maintenant examiner les changements, ou plutôt le bouleversement total que subit cette législation sous la domination étrangère.

Nous ne dissimulerons pas les avantages que les lois, bien qu'imposées par la force, ont pu procurer aux Polonais dans les rapports mutuels de leur vie sociale; mais nous signalerons aussi ce en quoi l'invasion étrangère nous a fait rétrograder, même sous le point de vue législatif. Nous l'avons dit et nous le répétons, il n'existe aucun pays en Europe où l'étude de la législation comparée pût être faite d'une manière plus instructive, et plus pratique à la fois; ici point de spéculations, mais des faits, et on peut l'affirmer sans crainte d'être démenti, nulle part, et à aucune époque, on n'a essayé sur un corps vivant, sur une nation tout entière, des expériences législatives aussi décisives; nulle part on n'a mis en œuvre, à des intervalles rapprochés, des éléments aussi hétérogènes.

Nous avons peu de chose à dire sur les changements opérés dans la partie de la Pologne échue en partage à la Russie. Cet empire ne possédait alors aucun code complet, qu'il eût pu imposer à ses nouvelles provinces; il se vit donc forcé d'y

(1) Voy. tom. II, livraison 3ᵉ, p. 193.

laisser en vigueur les lois existantes, en supprimant toutefois les améliorations progressives apportées par la constitution du 3 mai 1791, et plus tard en 1794 ; c'est ainsi que le gouvernement russe s'opposa constamment à l'émancipation, même partielle, des paysans. Au reste, des *ukases* rendus pour des cas particuliers, modifiaient et annulaient même les lois existantes, et ces *décrets*, on ne se faisait pas faute de les appliquer plus tard aux cas plus ou moins analogues (1).

Enfin l'organisation judiciaire subit un changement essentiel en ce que le dernier ressort fut enlevé aux tribunaux suprêmes établis jadis séparément pour la Pologne proprement dite, et pour le grand-duché de Lithuanie; une juridiction unique, le sénat de Saint-Pétersbourg, fut érigé en cour souveraine; dès lors on s'habitua à attacher peu d'importance aux décisions des tribunaux inférieurs, que le *sénat* pouvait réformer à son gré, sans être astreint à s'en tenir à la législation et à la jurisprudence polonaises.

Il en fut autrement des provinces échues en partage à l'Autriche et à la Prusse. Cette dernière surtout, étant déjà à cette époque en possession de codes complets, et dans le but notoire d'amalgamer la nationalité polonaise avec celle des autres peuples soumis à sa domination, se hâta de substituer sa législation civile et pénale aux anciennes lois polonaises. Les codes prussiens obtinrent donc force de loi à dater du 1er janvier 1797, excepté sur quelques points, comme, par exemple, en matière de succession, où, selon la loi transitoire, la jurisprudence et les lois polonaises continuèrent à servir de règle.

Quelques mots d'abord sur l'historique et l'ensemble de la législation prussienne.

La Prusse avait été la première d'entre les États allemands, dotée d'un code complet sous le nom de *Corpus Juris Fredericianum*, vers le milieu du dix-huitième siècle, et sous le règne de Frédéric le Grand; ce code subit ensuite de nombreuses transformations, jusqu'à ce qu'en 1772 et en 1774 il en fût publié des recueils amendés, le dernier sous le titre de code général pour les États prussiens (*Allgemeines Landrecht fur die preussischen Staten*). Une particularité qui le caracté-

(1) On cite pour exemple un ukase rendu en matière maritime qui fut appliqué dans un procès civil.

rise, c'est qu'en matière de droit civil, il n'adopte aucune des divisions ordinaires, et, nommément, en droit relatif aux personnes et droit relatif aux choses; il traite de ces droits d'une manière confuse dans les deux parties dont il se compose, sans que celles-ci aient même reçu des dénominations distinctes. Ce n'est qu'en se pénétrant de l'esprit général qui a présidé à la confection de chacune de ces deux parties principales, qu'on parvient à se convaincre que la première partie, subdivisée en vingt-trois titres, traite des droits de tout genre, considérés en eux-mêmes, et la deuxième, composée de vingt titres, traite des mêmes droits en tant qu'ils intéressent spécialement l'Etat et l'ordre public; celle-ci comprend donc, non-seulement les codes civil et de commerce proprement dits, à savoir : les dispositions légales concernant le mariage, la tutelle, les successions, les contrats et obligations, les lettres de change, etc.; mais encore *les droits public et administratif* dans les titres concernant l'État, ses droits et ses obligations, les fonctionnaires publics, les droits fiscaux, la religion et les rapports des ministres des différents cultes entre eux et avec l'État, la noblesse, les habitants des villes dits bourgeois, les paysans, etc.; enfin dans son vingtième titre, *le droit pénal*.

Les codes de procédure civile et d'instruction criminelle forment des recueils séparés.

La législation prussienne tend à ne rien abandonner au *laisser faire* des parties; elle les dirige jusque dans les détails les plus minutieux de leurs actes privés et judiciaires. Au juge seul appartient la direction du procès; l'avocat n'est qu'un instrument entre ses mains; le juge absorbe dans ses fonctions celles de l'avoué français, et même en grande partie celles du notaire et de l'huissier.

Cette législation semble avoir pris à tâche d'épuiser toutes les difficultés, et de prévoir aussi tous les cas futurs, tout en jetant une vive clarté sur un grand nombre des questions de droit les plus ardues, avantage qu'on ne saurait lui contester, souvent aussi embarrasse-t-elle l'intelligence du juge, plutôt qu'elle ne lui sert de guide assuré.

Ce qui porta l'atteinte la plus rude aux habitudes et à la nationalité polonaise, ce fut d'un côté la brusque transition qui substitua un huis-clos absolu à la publicité des débats judiciaires, usitée dans ce pays de temps immémorial, et

d'autre part la mesure oppressive qui remplaça la langue polonaise par un idiome étranger, toute l'instruction du procès devant se faire en allemand. De là, surcroît de dépenses, parce qu'on était obligé d'avoir recours à des interprètes jurés, et défiance naturelle de la part de ceux qui ne pouvaient ni se faire comprendre, ni entendre les actes qu'on dressait en leur nom. Dans cet état des choses, l'ancienne organisation judiciaire ne pouvait non plus se maintenir. Aux juges électifs, furent substitués des magistrats à vie, nommés par le monarque. Deux instances furent établies dans le chef-lieu de chaque département, et la troisième et dernière instance à Berlin; du reste, même séparation que par le passé, de la juridiction distincte des nobles et des non-nobles, à cette différence près, que les contestations des paysans entre eux, ou avec les propriétaires des terrains qu'ils occupaient, furent déférées à des tribunaux locaux, dits *patrimoniaux*, dont ils pouvaient relever appel devant les tribunaux ordinaires. Les procès intentés aux habitants des villes étaient portés en première instance devant les tribunaux locaux, dits *magistrats de justice*, et ceux intentés aux individus de condition noble devant la section du tribunal départemental, dite *premier sénat*, et en seconde instance, sans distinction de condition, devant le second sénat du même tribunal. Dans ces deux instances, un jugement par défaut pouvait, dans le délai de dix jours, à dater de sa signification, être attaqué par voie d'opposition, mais à la charge de justifier, par l'opposant, des obstacles qui l'avaient empêché de comparaître, et d'apporter les pièces sur lesquelles il fondait ses griefs. Une cour suprême, dite *cour de révision*, et résidant à Berlin, connaissait de toutes les causes en troisième instance et en dernier ressort. Les appels et les pourvois en révision devaient être faits dans le délai de dix jours, à compter de la publication du jugement.

C'étaient là les voies ordinaires d'attaquer un jugement; mais la procédure prussienne admet, outre l'appel et le recours en révision, deux voies extraordinaires contre les jugements ou arrêts passés en force de chose jugée, à savoir *la requête civile* et *la nullité*.

On peut se pourvoir en *nullité* : 1° si dans les deux premières instances il y a violation d'une loi expresse; 2° si le jugement a été rendu sur pièces déclarées fausses depuis le

jugement ou l'arrêt, ou sur déposition de témoins subornés; 3° si un mineur a esté en justice sans l'assistance de son tuteur, ou si ce dernier n'a pas été muni de l'autorisation requise par la loi; 4° si le jugement a été rendu sur exploit, non dûment signifié au défendeur.

Il y a ouverture à requête civile, 1° *ex capite minorennitatis*, c'est-à-dire lorsque le mineur peut démontrer un dommage notable causé par le jugement attaqué; ce remède légal est prescrit par quatre ans, à dater de l'émancipation du mineur; 2° *ex noviter repertis documentis*, à savoir : si depuis le jugement il a été retrouvé des pièces décisives. Le jugement qui prononce la validité de la requête civile diffère essentiellement de celui qui déclare la nullité d'une décision rendue en dernier ressort, en ce que le premier connaît en même temps du fond de la cause, et que le second ne fait que remettre les parties en l'état où elles étaient avant le jugement annulé.

L'instruction du procès mérite une attention toute particulière. Le *juge d'instruction (instruent)* reçoit la demande, entend la réponse du défendeur, les dires respectifs des parties assistées de leurs défenseurs pris dans le rang des avocats, surnommés *commissaires de justice* (*Justitz commissarien*); il rédige ensuite la pièce capitale de l'instruction appelée *status causæ et controversiæ*, c'est-à-dire la position des points de fait ou de droit sur lesquels les parties sont d'accord ou en contestation, et les preuves apportées à l'appui des faits contestés. Le *status causæ et controversiæ* tout entier, et même les simples incidents, dans le cours de l'instruction, sont soumis à la décision du tribunal, et cela sur le rapport d'un second juge délégué appelé *decernent*, c'est-à-dire celui qui prépare les décisions partielles, comme par exemple sur la pertinence des faits, et des preuves apportées à leur appui.

Deux témoins dignes de foi établissent une preuve complète; un seul, une demi-preuve seulement qui doit être corroborée par le serment de la partie. Tout serment de la partie ou du témoin doit être prêté selon le rit de la religion que professe chacun d'eux; le témoin prête le sien, après sa déposition, et la lecture qui lui en a été faite. Chaque décision partielle qui déclare tels ou tels faits pertinents, telles ou telles preuves admissibles, est sujette à appel.

L'instruction une fois terminée, le tribunal nomme un troisième juge délégué appelé *rapporteur* (*referent*) et dans des

causes d'une plus grande importance un quatrième juge dit *co-rapporteur (co-referent)*. L'un et l'autre exposent les point de fait et de droit, et les font suivre de leur opinion convenablement formulée. C'est ainsi qu'après avoir passé par les mains de trois ou quatre juges délégués, la cause reçoit enfin une solution définitive en première instance, tout cela a lieu à huis clos, et le jugement lui-même est notifié aux parties par un juge, délégué spécialement à cet effet. Cette procédure, à peu de différence près, se reproduit en seconde instance, et si en troisième et dernier ressort les pièces seules étant transmises à la *cour de révision* sans qu'il y ait lieu à une instruction ultérieure, les fonctions des deux premiers juges délégués (*instruent* et *decernent*) disparaissent d'elles-mêmes, d'un autre côté la nomination simultanée d'un *rapporteur* et d'un *co-rapporteur* est de rigueur ; de plus si le pourvoi est dirigé contre deux jugements concordants, et que le rapporteur et le co-rapporteur concluent néanmoins dans le sens de la cassation, la *cour de révision* doit nommer encore deux nouveaux rapporteurs, et entendre leurs conclusions.

Cette manière d'instruire et de juger les procès, considérée en elle-même, et abstraction faite de son application, offre un exemple remarquable de la sollicitude du législateur pour parvenir à la connaissance de la vérité, et à la distribution d'une justice stricte et impartiale. Mais quand on descend des hauteurs de la théorie dans l'humble région de la pratique, on s'aperçoit bientôt combien les avantages, pour la plupart spécieux, d'une semblable procédure, sont contre-balancés par l'insuffisance des résultats. Nous avons vu fonctionner en Pologne, et se succéder immédiatement des systèmes de procédure aussi contradictoires que le sont les systèmes prussien et autrichien d'un côté, et le système français de l'autre, ce qui nous met à même d'en apprécier la valeur respective. Dans une période de dix ans, c'est-à-dire du 1er janvier 1797, jusqu'à la fin de 1806, que les codes prussiens nous ont régis, qu'avons-nous vu ? La moitié des procès entamés et non terminés. La procédure civile de Prusse renferme, par exemple, dans les titres 50 et 51 de la 1re partie, environ 900 articles ou §§ délayés en 300 pages (1), sur une seule matière, c'est-

(1) Les codes civil et de procédure contiennent près de 20,000 articles ou paragraphes.

à-dire, celle du *concours*, ou de la répartition faite entre les créanciers en cas d'insuffisance des biens du débiteur, ou lorsque la succession n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Le législateur en poussant trop loin le désir, louable d'ailleurs, de garantir les droits des créanciers, en ne laissant rien faire aux parties par elles-mêmes, mais en abandonnant la direction de toute la procédure jusque dans les plus petits détails, à l'autorité judiciaire, a amené ce résultat déplorable, que le nouvel ordre de choses établi par la substitution du code civil français à la législation prussienne, trouva les deux tiers des procès de *concours* et de *liquidation*, sans solution. Il importait donc peu, alors, que les droits des créanciers eussent, pour la forme, été mieux garantis, et que, par exemple, moyennant des citations judiciaires insérées dans les feuilles publiques, les créanciers chirographaires eussent été mis à l'abri de toute surprise, si en dernier résultat ils ne parvenaient pas à réaliser leurs créances, et si par la longueur démesurée des actes innombrables de procédure, d'un côté le fonds commun se détériorait, et devenait la proie d'une armée de fonctionnaires, et de l'autre, les créanciers se voyaient frustrés de leurs intérêts pendant une longue suite d'années.

On fut naturellement conduit à comparer la procédure prussienne, impuissante à terminer des procès aussi importants, où une centaine de millions se trouvaient engagés, à la procédure française, qui, au moyen de l'ordre et de la distribution par contribution, y met promptement un terme.

En passant à l'examen du code civil prussien, hâtons-nous d'abord de rendre un juste hommage à deux institutions, à savoir : le régime hypothécaire et la tutelle, dont la première mérite surtout d'être signalée.

Le système hypothécaire prussien est basé sur la publicité la plus complète. Ainsi point d'hypothèques tacites ou légales; les droits des femmes et des mineurs doivent être inscrits à la diligence de ceux auxquels la loi en impose le devoir. Même publicité, non-seulement pour les dettes et autres charges privées, devant grever un immeuble, mais aussi pour le *titre de propriété* ; de là, l'obligation du propriétaire de faire régulariser l'hypothèque des terres ou maisons qu'il possède, sinon le juge y procède d'office.

L'intervention du juge, avec la responsabilité civile qui y est attachée, constitue la seconde base principale de l'hypothèque prussienne. Ici, la *forme* extérieure se confond avec les dispositions sur le fond même du droit ; aussi devons-nous descendre dans quelques détails d'exécution Un *numéro* distinct, et des feuilles séparées sont réservés dans les livres hypothécaires pour chaque propriété. Ces feuilles renferment trois *rubriques*, à savoir : La première pour le titre de propriété et ses variations, avec désignation du prix fixé par une taxe, on contenu dans le dernier contrat de l'acquisition de l'immeuble ; la seconde pour les charges perpétuelles, telles que servitudes et autres semblables par extension sont aussi rangés sous cette rubrique les antichrèses, les réméres, etc. ; la troisième, les dettes proprement dites. En marge des deux dernières rubriques sont consignées les modifications que subit un droit hypothécaire, telles que : caution, radiation totale ou partielle, cession, hypothèque ultérieure (*subintabulatio*), que la loi admet sur une créance, tout aussi bien que sur l'immeuble lui-même. Au reste, le droit prussien, à l'exclusion de toute hypothèque légale ou judiciaire, ne reconnait que l'hypothèque conventionnelle, qui doit être consentie dans un acte reçu ou confirmé judiciairement *in foro rei sitæ*; la loi autorise pourtant ceux qui peuvent réclamer une inscription, à la conserver par voie de *prénotation ou protestation*, jusqu'à la décision ultérieure du tribunal compétent. Aucune inscription ne se fait qu'en vertu d'un arrêté signé de trois juges solidairement responsables des fautes qu'ils auraient commises. Les créanciers hypothécaires reçoivent chacun un certificat dit *in vim recognitionis*, et contenant l'extrait du livre d'hypothèques de l'immeuble grevé; ce certificat doit être pourvu de la signature des trois juges responsables.

Les droits hypothécaires sont ainsi mis à l'abri de toute incertitude ; au premier coup d'œil jeté sur le certificat *in vim recognitionis*, on peut se convaincre de la réalité et du degré de sûreté que présente une inscription garantie d'ailleurs par la responsabilité de l'autorité judiciaire, et par cette autre disposition de la loi, qui, dans une expropriation forcée, interdit l'adjudication définitive d'un immeuble, si le dernier enchérisseur n'offre pas au moins les deux tiers du prix auquel l'immeuble aura été porté par suite d'une estimation

judiciaire ; ces droits, disons-nous, ainsi corroborés, acquièrent une valeur égale et même supérieure aux meilleurs effets publics, et mobilisent, pour ainsi dire, la propriété immobilière.

Un créancier nanti d'un certificat hypothécaire *in vim recognitionis*, pouvait, même à l'étranger, là où le droit prussien était connu, céder son titre en tout ou en partie, le mettre en gage, ou bien contracter un emprunt. Il suffisait pour la sûreté de celui qui traitait avec lui de faire inscrire la cession, l'emprunt, ou toute autre stipulation, à la suite du certificat ; car dans les livres hypothécaires eux-mêmes aucune modification ultérieure ne pouvait être consignée sans la représentation de ce certificat. Aussi, sous l'empire du droit prussien, le crédit des propriétés immobilières s'accrut d'une manière notable en Pologne, aussi bien que leur valeur.

Nous ne saurons accorder sans réserve les mêmes éloges aux dispositions du code prussien sur les tutelles et les curatelles, mais une expérience de dix ans en a, du moins chez nous, démontré en grande partie l'utilité et l'efficacité. Une section distincte, établie dans le sein de chaque tribunal départemental, sous le nom de *Collegium pupillare*, est chargée de veiller spécialement aux intérêts des mineurs et autres incapables, et non-seulement remplace les conseils de famille français, mais remplit encore des fonctions que d'autres législations attribuent exclusivement aux tuteurs. Ceux-ci ne sont considérés que comme des délégués, qui ne sauraient procéder à une démarche tant soit peu importante sans en référer à cette autorité tutélaire, qui elle-même est en dernier lieu responsable des actes qu'elle aura ordonnés, ou seulement soufferts. Ainsi, autorisation du *Collegium pupillare* pour les actes concernant les propriétés immobilières et même leurs revenus, au point que le tuteur ne peut de lui-même affermer un immeuble, ni entreprendre aucune grosse réparation ; autorisation pour intenter un procès quelconque, si ce n'est à raison d'intérêts; autorisation pour lever les capitaux; autorisation en un mot pour tout ce qui n'est pas compris dans les attributions du tuteur, specifiées dans l'acte judiciaire de nomination.

Les fonds du mineur en argent comptant, et en effets précieux étaient ordinairement deposés au dépôt judiciaire dit

dépôt pupillaire, et le tribunal lui-même s'occupait de leur placement.

On ne peut nier que cette surveillance incessante, cette action continuelle de l'autorité judiciaire, ne présente quelquefois de grands inconvénients ; ceci tient au système général de la législation prussienne ; mais ici, au moins, il y a contre-poids, et le mal est plus que compensé par le bien qui en résulte pour les mineurs et autres personnes incapables de gérer leurs affaires, comme les aliénés, les absents et les prodigues, que la loi assimile plus ou moins aux mineurs. S'il y a contrariété d'intérêts entre le mineur et le tuteur ou entre plusieurs mineurs soumis à la même tutelle, la loi en remplacement d'un subrogé tuteur, ou d'un tuteur spécial, y pourvoit par la nomination d'un *curateur ad hoc* ; il en est de même des femmes dans tous les cas où la loi réclame leur consentement.

Les autres dispositions du code prussien sont loin de se présenter toutes sous un aspect aussi favorable. La distinction des classes, par exemple en *nobles* et *non nobles*, reçut en Pologne une nouvelle consécration par l'introduction de cette loi, qui ne se borne pas à maintenir la division en *nobles*, *bourgeois* et *paysans*, mais subdivise encore les deux premières classes en *haute* et *basse noblesse*, en *haute* et *basse bourgeoisie*, et attache, à chaque catégorie, des prérogatives et des droits importants. C'est ainsi que le mariage entre nobles et non nobles n'est admis que quand ces derniers appartiennent à la haute bourgeoisie ; autrement il y a mésalliance, et les individus appartenant à la haute noblesse ne peuvent contracter un semblable mariage qu'avec l'autorisation du monarque et seulement *de la main gauche*, c'est-à-dire sans que l'époux de condition inférieure et les enfants issus de cette union acquièrent le nom, le rang et les autres droits civils résultant d'un mariage régulier. — Si des propriétés territoriales dites terres de nobles (*adliche Güter*) échoient à des non nobles par droit de succession au autrement, ils sont obligés de les vendre dans le délai d'un an ; sinon le fisc doit en poursuivre l'expropriation. La qualité de noble se perd par l'admission dans une corporation d'artisans.

Les paysans polonais furent frustrés des avantages progressifs que leur avaient promis la constitution du 3 mai 1791 et les derniers arrêtés du gouvernement polonais de 1794, et

retournèrent à leur condition d'hommes attachés à la glèbe De plus le code prussien leur interdit de se marier sans le consentement du seigneur du village. Cette fâcheuse influence exercée sur les droits *personnels* s'étendit aussi sur les droits réels, tels que la vente, l'échange, etc., dont l'exercice fut subordonné au même consentement, alors même que les paysans possédaient leurs terrains à titre de propriété.

La loi déclare en général la noblesse, seule, apte à posséder des biens territoriaux avec tous les droits qui y sont attachés. La bourgeoisie a besoin d'y être autorisée spécialement par le monarque. Les droits de l'absent ne sont rien moins que garantis; après dix années à compter du jour où l'on a reçu de lui les dernières nouvelles, les héritiers présomptifs peuvent réclamer une déclaration de décès qui est prononcée par un jugement formel, si l'absent ne comparaît pas dans le délai de neuf mois, à compter du jour de l'insertion des citations judiciaires dans les feuilles publiques. Ce qui implique contradiction, c'est que si l'individu déclaré mort vient à reparaître, il recouvre sa fortune dans l'état où il la retrouve, et ses droits personnels, tels que principalement le mariage, sont rétablis en entier.

Le mariage peut être contracté par l'homme à dix-huit, et par la femme à quatorze ans révolus; l'acte religieux de sa célébration en constitue seul la validité. Il n'en est pas de même quant à sa dissolution, la loi ayant été destinée pour un État dont la majorité des habitants professe la religion protestante, elle admet le divorce, et en spécifie les nombreuses causes telles que : *abandon malicieux, impuissance, refus de remplir les devoirs conjugaux, adultère, aliénation mentale, vie dissolue, changement de religion, aversion insurmontable, etc.* Les époux divorcés peuvent se remarier. La juridiction ecclésiastique est réservée pour les catholiques; seulement la séparation de corps perpétuelle (*separatio perpetua quoad thorum et mensam*) prononcée par l'église, produit tous les effets civils du divorce, effets qui, en général, ne relèvent que de la juridiction civile. La partie déclarée coupable perd tous les avantages qui lui ont été accordés pour le mariage, et s'il n'y en a pas eu de stipulés, le quart de sa fortune est adjugé au profit de l'autre époux (1). La recherche

(1) La femme coupable perd en outre le droit de porter le nom de famille et les titres du mari.

de la paternité est admise tout aussi bien que celle de la maternité. L'enfant naturel n'entre point dans la famille de ses parents, s'il est reconnu pour tel par la mère, il a droit à sa fortune, à l'égal des enfants légitimes, et il prend aussi le nom de famille de la mère, *à moins qu'elle ne soit d'extraction noble*. Quant à la fortune du père, la loi n'oblige celui-ci, qu'à pourvoir à l'entretien et à l'éducation de l'enfant naturel jusqu'à l'âge de quatorze ans révolus, elle n'accorde d'ailleurs à ce dernier qu'un sixième dans la succession du père, et au cas seulement où il n'y a point d'héritiers légitimes. La loi accorde aussi certains avantages à la mère de l'enfant naturel.

Nous ne pouvons nous dispenser de relever ici l'importante disposition du code prussien, qui oblige le séducteur à épouser la fille reconnue pour avoir mené jusqu'alors une vie régulière, et à laquelle il aura fait une promesse de mariage; si le séducteur s'y refuse, le tribunal autorise, par un jugement formel, la fille séduite à porter son nom de famille et ses titres, et lui adjuge tous les avantages qu'une femme légitime, mais divorcée, peut réclamer sur la fortune de son mari.

Nous ne parlerons pas de dispositions touchant la *succession ab intestat*, car à cet égard la loi transitoire a maintenu la législation polonaise.

En ce qui touche les dispositions testamentaires, la loi distingue celles qui concernent l'universalité des biens du testateur, de celles qui ne concernent que des objets déterminés; les premières seulement sont appelées *testaments*, et doivent être faites par acte judiciaire ou dans la forme mystique, c'est-à-dire présentées par le testateur munies de son sceau, et déposées au tribunal; les secondes s'appellent *codicilles* et peuvent aussi être faites par acte sous-seing privé, dès que leur objet ne dépasse pas un vingtième de la succession.

La loi admet aussi les *fidéicommis* testamentaires, et *les majorats*, mais seulement pour les propriétés territoriales d'un revenu net de 9,000 francs au moins, ou pour les capitaux montant à 36,000 francs; l'autorisation du souverain n'est nécessaire que lorsque le revenu de terres devant être constituées en majorat, dépasse une somme de 36,000 francs. Nous avons vu, dans la première partie de ce travail, que les lois polonaises ne déclaraient valables que les majorats confirmés

par la diète, et que dans le cours de tant de siècles il n'en fut constitué que cinq.

Les substitutions fidéicommissaires sont déclarées valables à l'infini, si elles ne dépassent pas les limites fixées pour les majorats, et elles sont aussi admises au delà et même pour toute la succession, mais seulement jusqu'au second degré.

Les contrats et obligations peuvent être passés authentiquement ou sous seing privé, et même verbalement, si leur objet n'excède pas 175 francs. Les actes authentiques sont reçus indifféremment par les avocats ou *conseillers de justice*, faisant en même temps fonction de notaire, ou par les juges délégués, à l'exception de certains actes, tels que donations, contrats en partage de succession, caution des femmes, antichrese, actes emportant hypothèque, qui doivent nécessairement être passés en justice. Une particularité des dispositions sur la vente, c'est que *l'action en rescision ob læsionem ultra dimidium* n'est donnée qu'à l'acheteur.

L'intérêt légal est de 5 pour cent, mais les commerçants peuvent stipuler 6, et les juifs 8 pour cent, à moins que l'emprunt ne soit fait sur hypothèque, auquel cas le taux légal de 5 pour cent ne peut être dépassé. Les intérêts moratoires établis par la constitution polonaise de 1775, au taux de 7 pour cent, ont été réduits à 5, à l'exception des commerçants et des juifs, qui peuvent les réclamer à 7 et 8 pour cent, mais ils ne peuvent être réclamés que pour un arrérage de 10 ans; au delà il y a prescription.

Voici les dispositions les plus saillantes du code civil prussien qui mettent à même de juger jusqu'à quel point la législation civile prussienne a fait avancer ou rétrograder les rapports sociaux en Pologne. Nous croyons devoir, avant de passer à l'examen des lois criminelles prussiennes, faire suivre immédiatement le précis que nous venons de donner de la législation civile prussienne, par celui de la législation civile autrichienne, comme basées toutes deux sur des principes analogues, et devant, par conséquent, avoir entre elles de nombreux points de contact.

L'Autriche n'ayant point été, avant 1812, dotée de codes civil et pénal complets, et obligatoires dans tous ses États, et étant seulement régie par le code de procédure civile publié en 1781, le premier livre du code civil traitant des personnes et promulgué en 1787, et par des édits, rescrits, etc.; les pro-

vinces polonaises qui lui étaient échues par le premier partage sous le nom de *Gallicie orientale*, durent nécessairement subir les mêmes lois. Il en fut autrement des autres provinces qui, lors du démembrement définitif de la Pologne, furent réunies à l'Autriche sous le nom de *Gallicie occidentale*. Une commission législative ayant, à cette époque, terminé un projet de lois civiles pour les États autrichiens, on jugea bon d'en faire essai sur les pays récemment acquis. Telle est l'origine du code civil de la Gallicie occidentale publié en 1797 et mis en vigueur dès le 1er janvier 1798, qui devança ainsi de quatorze ans le code civil général de l'empire d'Autriche promulgué en 1811 et déclaré obligatoire à dater du 1er janvier 1812. Le cadre restreint de cet écrit ne nous permettant pas d'entrer dans les distinctions des lois qui avaient précédé ou suivi le code civil de 1798, nous nous bornerons à l'examen de ce dernier, et nous ferons surtout ressortir les parties saillantes de ce code en le comparant aux dispositions du droit civil prussien.

En premier lieu, même séparation de la juridiction des nobles et des non nobles; même division des habitants en nobles, bourgeois et paysans, quoiqu'elle ne soit pas exprimée dans le code même, vu que celui-ci n'embrasse que des matières civiles. En ce qui touche la procédure civile, même clandestinité des débats, même instruction devant un juge délégué. Si, d'un côté, cette procédure est moins prolixe, elle est loin aussi d'offrir les mêmes garanties que la procédure prussienne, dont le *status causæ et controversiæ* présente un modèle rare des moyens employés pour parvenir à la stricte découverte de la vérité, et notons-le bien, que cette sollicitude du législateur est nécessaire pour contre-balancer les effets pernicieux des débats à huis clos, le seul reproche qu'on puisse faire au législateur prussien, c'est qu'en voulant atteindre une perfection impossible, il a dépassé les bornes raisonnables; mais s'il est allé au delà, le législateur autrichien est resté bien en deçà de ce qu'il fallait faire.

La procédure autrichienne établit trois instances comme en Prusse, cependant les deux premières n'appartiennent pas à un seul et même tribunal départemental, divisé en deux sections ou sénats, mais l'appel est jugé par une cour d'appel distincte et fondée pour le ressort de plusieurs tribunaux. Le pourvoi d'un arrêt de la cour d'appel à la cour suprême

de révision, établie à Vienne, n'est admis que lorsque la cour d'appel a réformé en tout ou en partie le jugement de première instance, et dans le premier cas, seulement pour la partie réformée. Le délai fatal de l'appel et du pourvoi est de quatorze jours, à dater de la signification du jugement ou de l'arrêt. Les moyens extraordinaires d'attaquer un jugement sont les mêmes que ceux contenus dans la procédure prussienne, bien que les cas admis par la loi ne soient pas identiques; quant à la *nullité* il y a encore cette différence essentielle, que le législateur autrichien permet d'y avoir recours non-seulement contre les jugements en dernier ressort, ou passés en force de chose jugée, mais aussi pendant le cours de l'instance, et même le juge d'appel saisi de la cause principale, peut décréter d'office la nullité, mais le juge qui la déclare sur la demande d'une des parties ou d'office, doit s'abstenir de connaître du fond, et renvoyer la cause au premier juge pour réparer la transgression de la loi dont celui-ci se serait rendu coupable.

Le Code civil pour la Gallicie occidentale est divisé en trois parties dont la première traite des droits relatifs aux personnes, la seconde des droits relatifs aux choses, et la troisième des contrats et obligations.

En ce qui touche la tutelle et la curatelle, similitude complète des dispositions de ce code et de celles du code prussien, on doit pourtant reconnaître dans les détails une grande supériorité de la législation prussienne à cet égard.

Le titre du mariage devait nécessairement contenir des dispositions entièrement différentes parce que la loi était faite pour un pays catholique, aussi cette loi n'autorise-t-elle dans aucun cas la dissolution du mariage, réputé sacrement, ou le divorce entre époux catholiques, elle étend cette disposition à l'époux non catholique, qui aurait contracté mariage avec un individu professant la religion catholique romaine[1]. Cependant par une singularité qui mérite d'être relevée, le législateur autrichien enlève à l'autorité ecclésiastique romaine la faculté de connaître des causes matrimoniales, nommément de celles de nullité du mariage, et de séparation de corps, et transfère ce droit aux tribunaux civils ordinaires, en oppo-

[1] La clause relative à l'époux non catholique est abolie dans le nouveau code de 1811.

sition avec le code d'un État protestant, celui de Prusse, lequel, comme nous l'avons vu, a maintenu à cet égard la juridiction de l'Église catholique romaine. Cette réforme date du célèbre édit de Joseph II, promulgué en 1783, et s'est maintenue jusqu'à nos jours. Les nullités canoniques et les causes qui doivent entraîner la séparation de corps, sont spécifiées dans le code civil, qui ajoute encore aux premières, le défaut de consentement de la part des parents ou du tuteur d'un mineur, et de l'autorité militaire quant aux militaires; les tribunaux civils sont seuls compétents pour juger de semblables procès; mais le défendeur doit avant tout être appelé en conciliation devant le curé de la localité, remplissant exactement les fonctions de juge de paix, inconnues d'ailleurs dans la législation autrichienne. Les causes de nullité du mariage sont étendues aux mariages entre individus professant un autre culte que le culte catholique romain, en tant qu'elles ne portent pas sur les dogmes religieux.

Pour les protestants, les causes de divorce sont, à peu de chose près, les mêmes que celles fixées par le code prussien, et la loi spécifie aussi celles du divorce entre juifs, en les puisant dans l'Ancien Testament. Les époux divorcés peuvent se remarier. Du reste, le code de la Gallicie occidentale diffère peu du code prussien en matière des droits des enfants, et surtout de ceux des enfants naturels, seulement ces derniers, bien que la recherche de la paternité soit admise, n'ont aucun droit à la succession de leur père. La séparation des biens entre époux est aussi de droit comme en Prusse, et la communauté des biens n'a lieu que quand elle a été expressément stipulée ou admise par les statuts locaux. La déclaration du décès d'un absent peut être de même réclamée par les parties intéressées, mais le législateur autrichien diffère à cet égard du législateur prussien en ce que la demande en déclaration de décès ne peut être formée qu'après trente ans au lieu de dix ans d'absence, et que la citation qui doit être insérée dans les feuilles publiques, fixe le délai d'un an au lieu de neuf mois. L'ordre de succession (1) constitue une véritable exception dans les fastes de la législation civile, et tout compliqué qu'il paraisse, il est simple de sa nature.

(1) Il est maintenu dans le nouveau code civil de 1811

En premier lieu sont appelés à la succession *ab intestat* les enfants et autres descendants directs

A la seconde ligne, appartiennent les père et mère du défunt et leurs descendants.

A la troisième ligne, appartiennent les aïeuls et leurs descendants.

A la quatrième ligne, appartiennent les bisaïeuls et leurs descendants.

A la cinquième ligne, appartiennent les trisaïeuls et leurs descendants.

A la sixième ligne, les quadrisaïeuls et leurs descendants.

Au delà, la loi ne reconnaît plus de parents aptes à succéder. Dans chacune de ces six lignes, admises par le Code civil, la représentation va à l'infini, tous les embranchements de parenté y compris; c'est ainsi que, par exemple dans la seconde ligne, les frères et sœurs du défunt sont exclus par les père et mère, qu'ils prennent au contraire la moitié si l'un des deux parents est décédé, et que les descendants d'un frère ou d'une sœur recueillent toute la portion qui aurait été dévolue à leur auteur; il en est de même dans la troisième ligne des oncles et tantes du défunt, lorsqu'ils concourent avec les aïeuls de celui-ci, ou avec les descendants de l'un d'eux, ainsi de suite dans les autres lignes.

Même distinction que dans le Code prussien entre les testaments et les codicilles. Les testaments sont authentiques, ou sous seing privé; ils peuvent même être nuncupatifs. Les premiers doivent être passés devant un juge délégué, en présence de deux témoins, ou du moins être déposés devant ce juge par le testateur, munis de son sceau, et accompagnés de sa déclaration comme quoi l'acte déposé contient sa volonté, et qu'il est écrit tout entier, ou du moins signé de sa main. Les seconds sont ou olographes, et alors ils doivent être munis de la signature et du sceau du testateur, ou ils ne sont que signés par le testateur, et dans ce cas la loi requiert encore la présence de trois témoins auxquels le testateur doit déclarer, que le papier qu'ils signent contient sa dernière volonté, et il doit aussi ajouter à la suite de l'acte cette déclaration écrite tout entière et signée par lui. Les trois témoins doivent apposer leur sceau, et ajouter qu'ils signent en qualité de témoins testamentaires. Les testaments nuncupatifs ne sont valables qu'autant que leur contenu peut être affirmé

par trois témoins, déclarant qu'ils ont assisté, conjointement, à telles ou telles dispositions du testateur.

Les fidéicommis de famille ne peuvent être constitués qu'avec l'autorisation du chef de l'État, mais les substitutions sont admises à l'infini, pourvu qu'elles soient faites en faveur d'individus déjà existants; autrement elles ne sont valables que jusqu'au second degré inclusivement, et, quant aux biens immeubles, seulement jusqu'au premier. La loi fixe la légitime des enfants mineurs à la moitié, et celle des enfants majeurs (1) et des parents du défunt, au tiers de ce qui leur serait dévolu, si le testateur était mort sans avoir fait de testament. Si tous les descendants sont omis dans un testament, la loi établit la présomption légale d'une erreur qui invalide l'acte lui même, à tel point que dans ce cas toute la disposition testamentaire doit être déclarée nulle. Le conjoint du défunt recueille le tiers de la succession en toute propriété s'il n'y a point d'enfants, et l'usufruit seulement de ce tiers s'il reste des descendants.

En ce qui concerne les contrats et obligations, ils peuvent être passés comme en Prusse par acte judiciaire ou sous seing privé, et même verbalement pour toutes sommes. L'action en rescision de la vente, *ex capite læsionis ultra dimidium*, est admise pour le vendeur tout aussi bien que pour l'acquéreur. Les donations entre-vifs doivent être faites par écrit. Si elles ne sont pas, comme dans le code français, déclarées révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, qui n'aurait pas eu de descendants légitimes à l'époque de la donation, néanmoins en pareil cas le donateur ou ses descendants légitimes, ont droit de réclamer des donataires 4 p. cent de la valeur de l'objet donné, à la charge cependant de prouver qu'ils sont hors d'état de pourvoir autrement à leur subsistance. L'intérêt légal est fixé à 5 p. cent, et en affaires de commerce à 6 p. cent; l'intérêt conventionnel peut toujours être stipulé à 6 p. cent. Il n'y a prescription que pour les intérêts qui dépassent l'*alterum tantum* du capital.

Nous venons d'exposer d'une manière sommaire les dispositions des lois civiles étrangères, qui avaient précédé en Pologne l'introduction du Code Napoléon. Il nous reste à examiner les lois pénales étrangères, ainsi que les changements

(1) Le code nouveau supprime cette différence entre les enfants majeurs et mineurs.

opérés par la législation française, et par les lois subséquentes, sanctionnées dans les diètes polonaises jusqu'à la révolution de 1830; ce travail sera l'objet d'un troisième et dernier article.

F. Wolowski,
député polonais.

De l'influence de la chose jugée au criminel sur l'instance portée devant les tribunaux civils.

M. Mangin, t. ii, p. 379, nº 418, expose ainsi la doctrine de M. Toullier sur ce point :

« L'argumentation principale de M. Toullier, à l'appui de son système, est celle-ci : Aux termes de l'art. 1351 du code civil, l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement ; il faut que la chose demandée soit la même, et que la demande soit formée entre les mêmes parties ; or, l'action civile et l'action publique ont des objets différents, par l'une on réclame des dommages-intérêts, par l'autre on requiert l'application d'une peine ; le principe de l'une est l'intérêt privé, le principe de l'autre est la vindicte publique. Les parties ne sont point les mêmes lorsque la partie civile n'a pas figuré dans l'instance criminelle ; donc, le jugement qui est intervenu manque de deux des conditions exigées par le code civil pour constituer la chose jugée.

» M. Merlin répond, continue M. Mangin, qu'il y a suffisamment identité d'objets dans deux procès, dont l'un dépend de l'autre ; que ce lien de dépendance existe toutes les fois que l'un des deux a pour objet une question préjudicielle à l'autre. Il ajoute qu'il y a identité de parties, parce que, dans les actions publiques, le ministère public agit au nom de la société aux risques, périls et avantages de tous les intéressés. »

M. Mangin finit en combattant l'opinion de M. Toullier. Dans une savante dissertation, l'élégant auteur de la *Théorie de la procédure civile* M. Boncenne (1), donne une nou-

(1) 2 vol. 8°, chez Hauman et Cᵉ

velle force à l'argumentation de M. Mangin et adopte ses principes.

A nos yeux, il n'existe en aucun cas d'*influence* possible d'une juridiction sur une autre juridiction ; la chose jugée n'exerce pas d'*influence*, c'est la loi du juge, qu'on nous passe la hardiesse de cette expression. Ainsi, en 1833, le pouvoir législatif a été accordé à la cour de cassation après un second pourvoi. Il serait inexact de dire que son dernier arrêt aura de l'*influence* sur la décision de la cour royale ; cet arrêt sera devenu l'expression de la volonté du législateur, et la cour de renvoi devra s'y conformer. Lorsqu'une juridiction, dans les limites de ses pouvoirs, a rendu une décision que personne n'a attaquée, cette décision forme la loi des parties qui ont figuré devant cette juridiction. La même contestation ne peut jamais être reportée du civil au criminel, du criminel au civil, d'un conseil de préfecture à un tribunal de première instance, etc. Le mot *loi* dit tout, il peignait notre pensée d'une manière exacte, nous n'avons pas hésité à le prendre comme le symbole le plus complet.

Quelle peut donc être, avec ce rigorisme de principes, la difficulté de cette proposition : *De l'influence du criminel sur le civil?* A tout plaignant deux voies, la voie civile et la voie criminelle. Les intérêts civils reçoivent la vie en deçà et en dehors de l'intérêt social dont la défense, sous la figure de la *vindicte publique*, est confiée au ministère public seul. Par ces deux voies, tout plaignant peut et doit obtenir justice : si l'une d'elles est épuisée, les actes de l'officier public lui deviennent étrangers. Il a vu s'élever contre lui une barrière infranchissable, *la chose jugée, res judicata pro veritate habetur*, principe éminemment conservateur de la stabilité de l'ordre social, et que tous les jurisconsultes considèrent comme l'arche sainte. Mais cette *chose jugée* ne s'obtient pas par le seul contact de deux parties échangeant entre elles les interpellations d'une lutte judiciaire ; il faut qu'il y ait conclusions et adjudication de conclusions par un tribunal ayant pouvoir et mission d'apprécier ces conclusions.

Ceci posé, qu'advient-il au civil? qu'advient-il au criminel ? Au civil, nulle difficulté ; Paul est poursuivi par Léon pour lui avoir enlevé sa montre ; le tribunal civil rejette la demande, le ministère public poursuit Paul au criminel, il est défendu à Léon de se porter partie civile. Contre lui

s'élève la chose jugée. S'agit-il d'un faux incident? Jugement qui rejette le faux, déclare la pièce vraie et condamne Léon. Le ministère public poursuit Paul devant la cour d'assises; il est défendu à Léon de se porter partie civile. Qui oserait contester de semblables propositions? Au criminel, que peut-il arriver qui complique cette position nette et tranchée? Si la juridiction est correctionnelle, il y a acquittement ou condamnation, mais toujours adjudication ou rejet des conclusions de la partie poursuivante; si elle n'était que plaignante, la position pourrait être la même que celle que nous allons examiner. Si la juridiction est le grand criminel, la chambre des mises en accusation peut refuser de prononcer le renvoi aux assises, attendu qu'il n'y a pas d'indices suffisants. Ce n'est là qu'un acte d'instruction dont le bénéfice, comme chose jugée, ne pourrait pas même être invoqué par le prévenu mis en liberté, si de nouvelles charges s'élevaient contre lui. C'est comme un interlocutoire, un préparatoire même en matière civile; la chambre des mises en accusation ne statue pas, elle ne juge point, elle n'admet ni ne rejette de conclusions. Son arrêt ne réunit donc aucun des caractères qui puissent nous représenter les éléments constitutifs de la chose jugée.

Mais le renvoi est ordonné, les débats sont ouverts devant la cour d'assises. C'est ici que commence la confusion perpétuelle des auteurs entre les devoirs des jurés et ceux de la cour. Quelle peut, quelle doit être la préoccupation des jurés? *Uniquement* la culpabilité ou l'innocence de l'accusé; il n'est permis à personne de pénétrer dans les motifs qui déterminent la sentence. Elle ne pourra produire qu'un acquittement ou une condamnation à une peine; elle n'exercera aucune *influence* (on peut ici employer cette expression) sur les prétentions de la partie civile; que les questions soient bien ou mal posées; que le jury ait répondu oui ou non à cette question *tel fait est-il constant?* la réponse se résumera toujours en une déclaration d'innocence ou de culpabilité. Un jury n'a pas mission de rendre un arrêt, il n'a que le pouvoir de déclarer que l'accusé est coupable ou innocent, autrement, sur la déclaration de tel fait, une cour serait forcée de prononcer des dommages-intérêts ou de les refuser, ce qui n'est pas. Il est admis maintenant, qu'après la déclaration du jury, si la cour est forcée d'appliquer la loi pénale contre l'ac-

cusé ou de le renvoyer, elle est complétement libre d'accorder ou de refuser des dommages-intérêts; elle peut ne tenir aucun compte de la décision du jury. Le jury n'est appelé à juger que la *criminalité* du fait, tout ce qui est en dehors de cette *criminalité* est du domaine de la cour d'assises ou des tribunaux ordinaires. Une décision du jury n'est pas un arrêt, elle ne peut jamais entrer dans les éléments de la chose jugée; c'est une déclaration dont la conséquence pénale est édictée par le juge, mais voilà tout. C'est après cette déclaration que commence sérieusement le procès civil, et que les conclusions en dommages-intérêts sont prises soit par l'accusé acquitté, soit par la partie civile.

Qu'il nous soit permis de puiser dans ces principes, qui nous paraissent hors de toute contestation, des conséquences toutes naturelles, toutes logiques, en passant en revue les diverses positions qui ont fait l'objet de longues dissertations de la part des auteurs.

Première *hypothèse*. L'accusé est déclaré coupable. La cour, vu la déclaration du jury, le condamne à la reclusion; la société est vengée, aucun plaignant n'élève la voix, aucune condamnation civile ne peut intervenir Les droits des parties resteront intacts devant la juridiction civile. Devant les tribunaux civils, le condamné, lorsqu'il élèvera des prétentions contraires en apparence à l'arrêt qui l'aura frappé, ne pourra pas être repoussé par la force de la chose jugée, puisque son adversaire n'a pas voulu recourir à la voie criminelle, et a préféré s'en tenir aux juges civils. Il est par trop certain que, si ce condamné ne fournit pas la preuve la plus éclatante de son bon droit, *l'influence morale* de la condamnation sera écrasante pour lui, et que les juges, s'armant du pouvoir discrétionnaire que leur accorde, en certains cas, la jurisprudence, accueilleront les prétentions de son adversaire, et, s'il s'agit d'un faux, par exemple, déclareront qu'il existe, sans s'astreindre aux longues évolutions de la procédure; mais ce ne sera pas par suite de la puissance légale de la chose jugée que ses conclusions seront rejetées. Si, au contraire, la partie civile, présente au procés criminel, a posé ses conclusions, ce n'est pas à dire pour cela que nécessairement, *forcément*, la cour prononce contre le condamné des restitutions et dommages-intérêts. L'art 363 du code d'instruction criminelle permet au condamné de se défendre sur

les conclusions en dommages-intérêts et restitution. Donc la cour a le droit de rejer les prétentions de la partie civile qui, en certains cas, peuvent être inadmissibles et même immorales.

Seconde *hypothèse*. L'accusé est déclaré non coupable. Quelles que soient les déclarations du jury, la cour ne peut que prononcer l'acquittement. S'il n'y a pas de partie civile, l'État est condamné aux dépens; et l'acquittement ne produit qu'un résultat, celui de préserver l'accusé de toute poursuite ultérieure criminelle pour le même fait : il faut se pourvoir devant les tribunaux civils pour obtenir des dommages-intérêts contre son dénonciateur (1); de même que toute partie intéressée peut le poursuivre en restitution, en dommages-intérêts, sans qu'il puisse jamais opposer un arrêt pour lui, un arrêt qui le met en défense contre les poursuites de la société, mais qui ne doit point préjuger les intérêts civils d'une partie étrangère au procès criminel. Au contraire, si la partie civile a pris des conclusions, le débat civil, sur lequel la déclaration du jury n'exercera aucune *influence*, se vide immédiatement devant la cour. L'individu attaqué et la partie civile se livrent à une lutte dont l'issue est loin d'être certaine en faveur du premier. L'espèce dans laquelle nous avons obtenu, le 21 octobre 1835 (S. 1835, 1re partie, p. 850), un arrêt de la cour de cassation, prouve suffisamment qu'une cour ne se laisse pas influencer par la décision du jury. En matière de presse, le même principe a été appliqué, malgré les efforts et le talent de notre confrère et ami Me Crémieux. (Arrêt de cassation du 27 février 1835, *Journal du droit criminel*, 1835, p. 95.)

Quel *abominable danger* (2) présente donc cette doctrine si simple à exposer, si facile dans l'exécution? Chaque juridiction conserve sa sphère d'action, sans empiéter sur une autre juridiction. Les parties restent maîtresses de suivre à leur gré les diverses voies que leur ouvre la loi. Les principes conservateurs de la chose jugée demeurent intacts, et la controverse n'est plus possible. Il a fallu tant d'efforts de la plus ingénieuse dialectique pour colorer la doctrine de MM. Merlin, Dalloz, Boncenne, etc., que notre esprit a refusé d'adopter

(1) L'attribution de juridiction de l'art. 359 du code d'instruction criminelle n'a été présentée par aucun auteur comme une objection sérieuse; aussi, ne croyons-nous pas devoir nous y arrêter.

(2) Expressions de MM. Mourre et Boncenne.

une opinion destructive de la chose jugée, et qu'on ne pouvait péniblement édifier qu'à l'aide d'inductions et de probabilités. Dans les questions d'une haute portée comme celle-ci, quelle que soit la solution qu'on adopte, on découvrira des inconvénients; mais le plus grave de tous, à notre sens, c'est d'ôter à des principes générateurs leur caractère d'universalité, et de créer en dehors de la loi des exceptions que n'exige nullement un prétendu besoin d'équilibrer les juridictions civiles et criminelles.

Votre doctrine serait admissible, nous dira-t-on, si une grave objection ne venait créer, malgré vous, une exception qui établit jusqu'à l'évidence *l'influence* que vous déniez d'une juridiction sur l'autre. Ce n'est plus, à la vérité, de l'influence du criminel sur le civil qu'il s'agit, mais bien de l'influence du civil sur le criminel, et M. Merlin, et M. Boncenne, et M. Dalloz, de répéter que cette exception est un argument invincible; le voici : Les articles 182 du code forestier, et 327 du code civil, parlent de jugements préjudiciels à intervenir, lesquels jugements exerceront une influence directe sur la juridiction criminelle; or, le ministère public, restant dans sa sphère de surveillance pour maintenir l'observation des lois, requérir et conclure, ne doit pas être compté au nombre des parties entre lesquelles se rendent les jugements civils sur les questions d'état et les droits de propriété; et pourtant les faits positivement décidés par ces jugements ne peuvent plus être niés ni débattus, quand on arrive devant la juridiction criminelle, l'influence du civil sur le criminel, et réciproquement, ne tient donc pas essentiellement à ce que les mêmes personnes y soient réellement et nominativement engagées (1). Nous répondrons d'abord que ces exceptions mêmes écrites dans la loi, et plusieurs autres que nous pourrions citer, relatives au dépôt, à l'adultère, aux injures, dans lesquelles une volonté particulière enchaîne l'action publique, confirment la règle générale; mais, du reste, qu'y a-t-il d'étonnant que le législateur n'ait pas voulu qu'en matière de filiation la partie publique vînt, par une poursuite indiscrète, jeter le trouble dans une famille, que le législateur ait renvoyé aux tribunaux civils la décision d'un litige de propriété purement civil, et ait prescrit à celui qui se défend en disant :

(1) Boncenne, t. II, p. 168.

Feci, sed jure feci, d'aller, dans un certain délai, plaider avec son véritable adversaire, pour que, muni d'un titre de propriété, il démontre au ministère public qu'il est sans intérêt à le poursuivre, surtout lorsque l'article 182 exige des présomptions de propriété avant de permettre le sursis? Qu'au lieu d'un jugement, la partie poursuivie devant un tribunal correctionnel présente un acte de propriété inattaquable, le ministère public soutiendra-t-il que cet acte est *res inter alios acta?* Le seul motif du législateur dans le renvoi à fins civiles a été de ne pas encombrer les tribunaux correctionnels de procès civils; c'est une restriction de juridiction. Le jugement qui intervient au civil détermine sur quelle tête doit reposer la propriété; si le procès civil eût eu lieu avant le débat correctionnel, il aurait empêché nécessairement la citation du ministère public on ne voit pas pourquoi il n'arrêterait pas la continuation des poursuites. C'est vainement que nous approfondissons ces assimilations. Nous n'apercevons pas la portée de l'argument varié sous toutes les formes par les auteurs que nous combattons.

On puise un nouvel argument dans l'art. 235 du code civil; mais qui ne voit que le sursis est indispensable, puisque l'article 232 du même code prononce le divorce, lorsque l'un des époux a été condamné à une peine infamante? On insiste, et on se fonde sur l'art. 240 qui ordonne le sursis, lorsque le tribunal a cru découvrir des indices de faux; dans ce cas, dit-on, la question préjudicielle est élevée et elle doit produire les mêmes effets. Dans l'espèce de l'art. 182 du code forestier, le jugement au civil anéantissait toute action au criminel; dans l'espèce de l'art 240, la poursuite au criminel doit amener le même résultat. Ici, encore, selon nous, on fait une confusion évidente du caractère des deux juridictions. au criminel, pas de poursuites possibles sans corps de délit; or, la loi disant que les tribunaux civils seuls auront le pouvoir de juger les questions d'état et de propriété, ces questions une fois jugées en faveur du prévenu, il n'y a plus de corps de délit, et partant, plus de poursuite possible, mais, dans un débat d'intérêts civils, ce n'est plus un principe de droit pénal qui servira de règle, c'est toujours une disposition de la loi civile. Or, les seules preuves légales qui puissent déterminer la conviction des tribunaux civils, c'est un acte émané de la partie, des présomptions graves, précises, concordantes,

ou une enquête, selon les cas, et enfin la chose jugée telle qu'elle est définie par la loi civile. Comment donc fondre deux positions si différentes, rattacher deux espèces qui ne sont pas réglées par les mêmes lois? Aussi qu'on lise les discussions de nos savants contradicteurs, et on verra quelles nuances ils sont forcés d'admettre, et que de cas ils cherchent à soustraire à ce qu'ils appellent *l'influence du criminel sur le civil*: pour être conséquent avec leur système de *préjudicialité*, selon l'expression de M. Boncenne, il faudrait, toutes les fois que sur une inscription de faux il y a eu sursis et que la juridiction criminelle ne condamne pas le prétendu faussaire, que la pièce ne pût pas lui être contestée. Au contraire, ils distinguent, ils introduisent un autre principe aussi subversif des idées judiciaires que celui-là même que nous combattons au fond : ce n'est plus du seul dispositif d'un arrêt que devra ressortir la chose jugée, ce sont les motifs qui feront la loi. Ainsi, la chambre des mises en accusation a-t-elle déclaré qu'il n'y avait lieu à suivre, la conséquence logique serait bien que le faux n'existe pas; cependant, aucun auteur ne veut accorder d'*influence* à cet arrêt, même quand il sera motivé. L'accusé a-t-il été traduit devant la cour d'assises, sur un acte de mise en accusation, énumérant toutes les circonstances du faux, mais la cour d'assises a-t-elle été forcée de l'acquitter par suite d'un verdict négatif? Il n'y a rien de jugé, dit-on encore d'une manière absolue. Posant là un troisième principe qui dénature l'institution du jury appelé uniquement à apprécier une culpabilité et non à juger des procès civils, on veut que l'influence existe si le jury a dit : *Non, l'acte n'est pas faux*, et que cette influence n'existe pas, si le jury, se renfermant dans les véritables limites, s'est contenté de répondre : *Non, l'accusé n'est pas coupable*. Étonnante métaphysique du droit, qui ne satisfait nullement l'esprit. Mais la raison ne se révolte-t-elle pas contre cette singulière, cette étrange doctrine, qui, en définitive, créera contre un individu un droit irréfragable, toutes les fois qu'il sera condamné, et lui marchandera le bénéfice d'un arrêt d'acquittement. Condamné, il n'a plus le droit de se plaindre, sa honte est une *vérité*: acquitté, il reste soumis à d'incessantes poursuites, qui feront crouler dans ses mains des actes dont il a démontré l'exactitude au grand jour de l'audience criminelle. Comment nos jurisconsultes les plus éclairés n'ont-ils pas reculé devant ces-

illogiques et barbares conséquences de leur système? Le motif de cette persistance, c'est que, engagés dans une voie sans règle fixe, sans bornes certaines, *la représentation au criminel de la société par le ministère public*, ils n'ont trouvé l'enter accomplissement de cette représentation que quand le magistrat mandataire avait obtenu la condamnation. En cas d'acquittement, ses mandants peuvent, selon eux, refuser ratification. Aussi le vénérable M. Toullier, que M. Boncenne (1) a cru pouvoir accuser de *s'être laissé entraîner par une ardeur de discussion*, s'écriait-il : « Étrange représentant que » celui qui n'a point, ni ne peut pas même recevoir le mandat » du représenté, ni prendre des conclusions pour lui!... » Et le savant auteur de la Théorie d'ajouter... « Véritablement, » le ministère public n'est point le mandataire de la partie » pour requérir la réparation civile du dommage qu'elle a » souffert, mais il représente la société tout entière, pour faire » juger l'existence du fait dommageable. »

Pourquoi donc alors se porter partie civile? Il est plus prudent d'attendre la décision du criminel. Si l'accusé est absous, rien ne sera jugé en sa faveur; le plaignant pourra le poursuivre devant les tribunaux civils, et soutenir sa culpabilité; s'il est condamné, le plaignant, s'armant de la sentence alors inexpugnable, demandera sur état des dommages-intérêts.

La plupart des auteurs ont examiné la prétendue influence du criminel sur le civil à l'occasion du faux, et ils ont alors posé des principes généraux qui peuvent s'appliquer aux décisions de tous les tribunaux de répression; mais n'auraient-ils pas reculé devant la conséquence de leur étrange système, s'ils avaient posé chacune des espèces que peut avoir à juger la juridiction criminelle? Ainsi, même en cette matière spéciale, Pierre, poursuivi, est acquitté ou condamné pour avoir commis un faux dans un acte de vente; l'arrêt empêchera-t-il que la validité ou la nullité de l'acte de vente puisse être soutenue par toutes les parties? Mais si la poursuite n'est portée que devant le tribunal de police correctionnelle sous la prévention d'escroquerie, le jugement développe, dans de longs motifs, qu'il n'y a pas eu d'escroquerie et renvoie le prévenu; le plaignant, qui ne figurait pas à ce jugement, aura-t-il été représenté par le ministère public, à tel point qu'il ne puisse

(1) Tome, II p. 167.

plus rien demander aux tribunaux civils? Oserait-on le soutenir? Et cependant il est aussi *abominable* de voir un tribunal civil juger le contraire de ce qu'aurait décidé un tribunal correctionnel, que de le voir juger contrairement à un arrêt de cour d'assises. Dans les deux cas, l'ordre public est intéressé plus ou moins; le poursuivant, dans l'intérêt de tous, aura toujours été le ministère public. Devant le tribunal correctionnel, il n'y a plus le même embarras que devant les cours d'assises; les motifs sont explicites, soit pour l'acquittement, soit pour la condamnation. Tout dépendrait donc du zèle et de l'intelligence des fonctionnaires du parquet; en leurs mains reposerait le sort des procès les plus graves, et la compétence des tribunaux civils disparaîtrait toutes les fois que la juridiction criminelle aurait été saisie. Dans notre système, au contraire, tout s'harmonise en présence d'un respect absolu pour le principe conservateur de la *chose jugée*. Le plaignant pouvait se rendre partie civile et conclure, de même, en garantie formelle, la partie assignée peut appeler garant pour prendre son fait et cause. Le plaignant a-t-il refusé de suivre les chances de la voie criminelle? a-t-il préféré ses juges naturels? tout restera intact entre lui et son adversaire. Ce ne sera pas un condamné contre lequel il plaidera, car rien n'aura été jugé avec lui; ce qui aura été jugé au criminel sera de nouveau jugé au civil, la condamnation ou l'acquittement formeront évidemment des préjugés fort graves, et l'influence morale s'attachera à l'instance, malgré la force négative des principes, mais au moins la base de la *chose jugée* ne formera pas une fin de non-recevoir légale; la décision du juge civil pourra être différente de celle du juge criminel. De même, un défendeur qui a préféré courir les chances d'une double instance et n'a assigné son garant qu'après l'épuisement du procès principal, peut se trouver, malgré le respect dû à la chose jugée, dans une position plus fâcheuse encore; car, condamné à rendre un immeuble acheté par lui, il peut se voir refuser le remboursement de son prix par son vendeur qui, plus habile que lui, ou devant un autre tribunal, démontrera que le premier jugement, même un arrêt de cour souveraine ou de cour de cassation, a violé la loi. Tout cela en vertu de ce précepte, que la chose jugée n'existe qu'autant que le juge, dont la décision est invoquée, a tranché la même question, entre les mêmes parties, agissant en la même qualité.

Une seule exception, dont aucun auteur n'a cru devoir parler, se lit dans l'art. 727 du Code civil. « Sont indignes de » succéder, dit cet article, 1° celui qui serait *condamné* pour » avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, 2° celui » qui a porté contre le défunt une accusation capitale, *jugée* » calomnieuse » Ce n'est point au civil qu'auront été vidées les deux instances. En vain l'héritier, après avoir donné la mort à l'auteur commun, serait-il poursuivi devant les tribunaux civils par ses cohéritiers; en vain ces mêmes cohéritiers voudraient-ils prouver devant les tribunaux la calomnie d'une plainte capitale; il faut, dans le premier cas, qu'il y ait eu *condamnation*, et, dans le second, qu'il y ait eu *accusation jugée calomnieuse*. Dans une de ces circonstances, c'est au ministère public à faire constater le fait duquel dépendra la question civile d'indignité. C'est ainsi qu'une condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte la privation des droits civils. On conçoit cette conséquence d'une condamnation sur l'état, la condition de l'individu; ce n'est pas là une influence d'une juridiction sur l'autre, c'est la qualité altérée par une condamnation. L'héritier sera indigne par la seule force de la loi et de la condamnation.

M. Bonceune, préoccupé, dans l'examen de cette sérieuse difficulté, des dispositions sur le faux, tire un argument de l'art. 463 du Code d'instruction criminelle, et dit avec Merlin, *Questions de droit*, v° *Faux*, § 6, qu'en cas de condamnation, même sans l'intervention d'aucune partie civile, en vertu de cet article, les pièces jugées fausses, en tout ou en partie, sont *supprimées, lacérées ou rayées*.« Le législateur pouvait-il, ajoutent ces deux savants jurisconsultes, annoncer d'une manière plus positive, que par cela seul que le faux était jugé constant avec le ministère public, il était censé jugé tel avec tous ceux à qui il importait que les actes ne fussent plus reproduits en justice par l'accusé? Mettre l'accusé hors d'état d'en faire désormais usage envers *qui que ce fût*, n'était-ce pas dire nettement qu'il ne serait plus désormais recevable à soutenir, envers *qui que ce fût*, qu'il ne s'était pas rendu coupable de faux? » La disposition du code d'instruction criminelle serait-elle aussi précise, que nous n'y trouverions pas encore une raison de décider. La pièce, même déchirée, sur la plainte d'un fripon qui n'aurait pas osé toutefois se porter partie civile, on peut en trouver le double à sa mort, double

reconnu par lui, et l'accusé gagnera alors, devant les juges civils, un procès que la faillibilité humaine seule lui aura fait perdre devant les tribunaux criminels. Mais le code d'instruction criminelle est loin d'être aussi explicite que le supposent MM. Merlin et Boncenne, l'article est ainsi conçu : « Lorsque » les *actes authentiques* auront été déclarés faux en tout ou » partie, la cour ou le tribunal qui aura connu du faux, ordonnera qu'ils soient *rétablis, rayés ou réformés*, et du tout » il sera *dressé procès-verbal*. » Nous remarquons 1° qu'il ne s'agit ici que des actes authentiques; chaque jour des expéditions de ces actes peuvent être demandées, et il ne faut pas qu'après un arrêt de condamnation on puisse délivrer une expédition qui reproduirait une erreur probable, 2° ces actes ne doivent pas être supprimés ou lacérés, autrement le législateur aurait été bien imprudent, car, sur le pourvoi de la partie condamnée, l'arrêt peut être cassé, et ce sera devant un autre jury que son innocence devra être proclamée; si la suppression était consommée, l'élément premier manquerait au procès; que si l'on répond que l'exécution même de l'art. 463, quoiqu'il dise dans la *quinzaine de l'arrêt*, serait suspendue par un pourvoi, toujours est-il que les parties peuvent avoir intérêt à ce que, devant les tribunaux civils, la pièce fausse soit représentée, ne serait-ce que pour servir de commencement de preuve par écrit; 3° enfin, le législateur a pris le soin lui-même *d'indiquer* qu'il ne voulait prescrire qu'une mesure essentiellement conservatrice. On *rétablit*, on *raye*, on *réforme*, mais on dresse du tout *procès-verbal*; c'est-à dire qu'on énonce qu'à tel endroit on a ajouté un mot, que tel autre a été bâtonné ou que telle phrase a été modifiée. Voyons maintenant comment le législateur s'est exprimé dans le code de procédure civile, lorsque toutes les parties intéressées étaient en présence devant les tribunaux ordinaires. Art. 241 : « Lorsqu'en statuant sur l'inscription de faux, le tribunal aura ordonné LA SUPPRESSION, LA LACÉRATION ou la radiation en tout ou en partie, même la réformation ou le rétablissement des pièces déclarées fausses, il sera sursis à l'exécution de ce chef du jugement, tant que le condamné sera dans le délai de se pourvoir par appel, requête civile ou cassation, ou qu'il n'aura pas formellement et valablement acquiescé au jugement. » Quelles différences dans l'expression même du législateur! Ce ne sont plus ces simples modifications, ce n'est plus ce procès-verbal

protecteur de tous les droits, c'est la *suppression*, la *lacération*; mais aussi elles ne pourront être consommées qu'après l'écoulement de tout délai pendant lequel une réformation serait possible. Qui ne voit dans cette rédaction un motif déterminant de dénier à un jugement criminel la force de *chose jugée* qu'on veut dissimuler sous le nom plus modeste d'*influence*?

Quelques auteurs se sont emparés des termes assez obscurs de l'art. 214 du code de procédure pour en conclure que tout jugement intervenu, soit avec le demandeur, soit avec le défendeur, devait obtenir la force de la chose jugée. Pour être convaincu de l'erreur de ces jurisconsultes, il suffit de jeter les yeux sur les discussions qui ont eu lieu lors de la rédaction du code, rapportées par M. Locré, t. XXI, page 454, nº 122, et 606, nº 14. M. Boncenne lui-même reconnaît que, « ni les rédacteurs de l'ordonnance de 1737, ni les rédacteurs » du code de procédure ne se sont occupés de ce point, et » que l'on étend leur expression par delà leur pensée, en la » détachant des règles du droit commun. Les observations du » tribunat, ajoute-t-il, prouvent assez clairement que ces » mots : *soit avec le demandeur, soit avec le défendeur en* » *faux*, ne se rapportent qu'à une *simple vérification d'é-* » *criture*, qui aurait précédé l'inscription de faux et qui n'y » peut jamais faire obstacle. Le reste n'est qu'une sorte d'in- » cise qui ne se lie pas autrement à la principale disposition » de l'article. Ce serait fort mal raisonner, je crois, que d'en » extraire un argument à *contrario*, dont la conséquence » donnerait une autorité universelle au jugement intervenu » en faveur d'une pièce arguée. »

Pendant longues années, les auteurs, cédant à la doctrine de cette influence de la chose jugée au criminel, n'hésitaient pas à dire qu'un officier ministériel poursuivi criminellement ne pouvait plus l'être disciplinairement, lorsqu'il avait été acquitté, la maxime *non bis in idem* était invoquée, et la jurisprudence flottait incertaine. Enfin, elle est fixée, et l'*influence* est écartée (1). Pourquoi? Par cette raison, qui a constamment vivifié notre discussion, que l'on ne rencontrait pas dans de semblables espèces tous les caractères de la chose jugée. Certes, c'étaient bien les mêmes parties, puisque le ministère public était poursuivant dans les deux positions,

(1) Arrêt de cassation du 12 avril 1837. (J. av., t. LIII, p. 553.)

mais l'objet n'était plus le même. Dans la première poursuite, l'application d'une peine était demandée aux juges compétents, dans la seconde, ce n'était plus qu'une mesure disciplinaire, tenant autant à l'honneur du corps de l'officier ministériel qu'à l'intérêt général de la société.

Nous croyons devoir transcrire, en terminant, les motifs du dernier arrêt de la cour de cassation, qui nous paraissent révéler, en faveur de notre système, la pensée des magistrats de cette cour. « Attendu, a dit la cour, sur le premier moyen,
» tiré de la violation des art. 1350 et 1351 du code civil (1),
» en ce que l'arrêt attaqué a déclaré faux le contrat du 12
» avril 1823, souscrit par l'auteur des défendeurs éventuels,
» au profit du demandeur, au mépris de la chose jugée par
» l'ordonnance de non-lieu qui l'avait relaxé de l'accusation
» de faux; que cette ordonnance qui, *dans un intérêt pu-*
» *blic et par voie criminelle*, n'avait statué que relativement
» à la personne de Charlot, n'a pu empêcher d'examiner,
» *dans un intérêt privé et par la voie du faux incident*, tou-
» tes les questions relatives à la fausseté et à la validité du
» contrat dont le demandeur prétendait se prévaloir contre
» les défendeurs éventuels, etc. » —

CHAUVEAU ADOLPHE.

(1) Qu'on remarque bien que le demandeur en cassation n'avait pu fonder son pourvoi que sur la violation de la chose jugée, parce que le principe de l'*influence* ne trouve sa sanction dans aucun article de loi.

DE LA RESCISION

POUR CAUSE DE MINORITÉ.

Le mineur devenu majeur, doit-il établir qu'il est lésé, pour être admis à la rescision des conventions passées par lui durant sa minorité sans l'assistance de son tuteur ? L'ancien adage *minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus*, reçoit-il son application dans ce cas?

Cette question, si elle est une des plus intéressantes de notre droit moderne, est aussi une de celles qui ont le plus divisé les interprètes. D'un côté nous trouvons Merlin et Duranton ; de l'autre, Toullier et Troplong.

En présence d'autorités aussi graves, aussi imposantes, on sent le besoin de compulser le texte, d'interroger l'esprit de la loi.

L'art. 1124 du code civil déclare incapables de contracter, les mineurs, les interdits et les femmes mariées.

Et l'article suivant ajoute : Le *mineur*, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer pour cause d'incapacité leurs engagements, *que dans les cas prévus par la loi*.

C'est cette double disposition, placée sous la rubrique de la capacité des parties contractantes, qui renferme le principe fondamental de la matière; c'est à elle qu'il faut nécessairement rapporter et subordonner les autres dispositions de la loi, qui y sont relatives. Il résulte d'abord de ce principe, que l'incapacité dont il s'agit n'est pas générale, que seule elle ne suffit pas pour amener la nullité ou la rescision, que pour lui donner cet effet il faut encore que la loi la lui attribue pour le cas spécial.

Or, différentes dispositions du code complètent et organisent, si je puis m'exprimer ainsi, ce principe. Les une en dé-

fendant impérieusement certains actes aux mineurs, aux interdits et aux femmes, en proclamant qu'ils ne peuvent les passer, ou ne le peuvent qu'à certaines conditions, qu'avec certaines formalités, frappent par cela même de nullité les engagements pris, les actes faits contrairement à ces prescriptions; telles sont les dispositions des articles 217, 457, 461, 463, 464, 467 et 484 code civil; les autres déterminent expressément les cas où le mineur peut demander la rescision, tels sont les articles 1305 et suivants.

Mais ce qui est digne de remarque, c'est qu'aucun article ne proclame que *le mineur ne peut passer aucun acte sans l'assistance de son tuteur*, disposition qui d'ailleurs ne serait guère conciliable avec l'article 1125 et qui de plus serait, ainsi que nous le verrons bientôt, en opposition manifeste avec l'intention reconnue du législateur.

En attendant, fixons notre attention sur l'article 1305. Il porte: « La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur » du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions, et en faveur du mineur émancipé contre toutes » conventions qui excéderont les bornes de sa capacité. » Pour qu'il y ait donc lieu à la rescision il faut qu'il y ait lésion; la lésion constitue ici le cas spécial prévu par la loi.

Encore faut-il, aux termes de l'article suivant, que la lésion ne résulte pas d'un événement casuel et imprévu; la minorité suffit donc si peu pour donner ouverture à restitution qu'il faut nécessairement qu'il y ait lésion, et lésion prenant sa source dans le contrat même.

Et ce qui prouve qu'on a eu en vue dans ces dispositions le mineur agissant sans l'assistance de son tuteur, c'est la seconde disposition de l'art 1305:

Le mineur émancipé est restituable contre toutes conventions qui excéderont les bornes de sa capacité.

Certes, il s'agit ici de sa capacité personnelle, il s'agit d'actes qu'il a fait seul, tandis que la loi ne lui reconnaissaitdaptitude à cet effet qu'assisté de son curateur.

Or, si dans la seconde partie de l'article il s'agit de conventions passées par le mineur émancipé, seul, n'est-il pas clair que, dans la première partie, il est question d'engagements pris par le mineur non émancipé dans les mêmes circonstances? Rien ne porte à croire que dans la même disposition le législateur ait versé dans deux hypothèses différentes.

Peut être objectera-t-on l'art. 482, en disant qu'il résulte de ses termes que les actes dont il s'occupe, passés par le mineur émancipé sans l'assistance de son curateur, sont non-seulement rescindables, mais nuls; cet article contenant une défense expresse et formelle.

Nous répondrons qu'il est possible que la rédaction de cet article ne soit pas en parfaite harmonie avec celle de l'article 1305, que celui-ci modifie peut-être la généralité du premier, que toujours est-il qu'il faut concilier les deux dispositions, et que la manière dont nous les interprétons, les concilie et les met en harmonie avec les autres dispositions de la loi.

Car si l'on repoussait cette interprétation, si, admettant l'objection, on ne voyait dans l'art. 1305 que le mineur assisté de son tuteur, on rencontrerait une nouvelle difficulté, et une difficulté insurmontable dans l'art. 1307.

Cet article porte : « La simple déclaration de majorité faite » par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution. »

Cet article se rattache essentiellement aux deux articles précédents. Il s'occupe aussi de la restitution, de la rescision et non de la nullité que les adversaires du système que nous défendons attachent aux actes passés par le mineur sans l'assistance de son tuteur; — et cependant ne serait-il pas dérisoire de supposer que le législateur parle ici de la déclaration de majorité faite par un mineur assisté de son tuteur? Mais la présence du tuteur donnerait un démenti formel à une telle déclaration; une telle déclaration en présence du tuteur serait même moralement impossible, puisqu'elle serait sans but et sans portée; ce serait un véritable non sens.

Nous sommes donc en droit de conclure que c'est du mineur agissant seul et sans l'assistance du tuteur que traitent les articles 1305, 1306 et 1307.

Une disposition à laquelle on fait encore jouer un grand rôle dans la discussion de notre question, est celle de l'article 1311.

« Il n'est plus recevable, porte cet article, à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité lorsqu'il » l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en » sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution. »

L'engagement nul en la forme, dit-on, est celui contracté sans l'intervention du tuteur, l'engagement sujet à restitution est celui passé avec l'assistance de celui-ci.

Mais outre que cette entente est inconciliable avec l'interprétation que nous avons donnée des art. 1305, 1306 et 1307, la seule dont ces articles soient susceptibles, l'article 1311 lui-même s'explique parfaitement dans notre système.

L'engagement nul dans la forme est celui que la loi a impérativement soumis à certaines formalités, qu'elle a proclamé ne pouvoir être passé qu'à certaines conditions et pour lequel ces conditions, ces formalités n'ont pas été remplies; c'est le cas où il a été contrevenu aux articles 217, 457, 461, 463, 464, 467, 484.

L'engagement sujet à restitution est celui dont s'occupent les art. 1305, 1306 et 1307, engagement contracté par le mineur sans l'assistance de son tuteur et par lequel il se trouve lésé;

Car ce dernier engagement, il est impossible de le considérer comme nul dans sa forme, puisque nulle part le législateur ne fait de la présence du tuteur une condition impérieusement exigée pour que le mineur puisse faire une convention quelconque.

Si maintenant, après avoir discuté le texte de la loi, nous recherchons la pensée de ses auteurs, nous y trouverons la confirmation de ce que nous venons de dire.

Voici d'abord comment s'exprime le conseiller d'État Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs au corps législatif: « Les » mineurs sont regardés, à cause de la faiblesse de leur raison » et à cause de leur inexpérience, comme incapables de connaître l'étendue de leurs engagements : on peut contracter » *avec eux*, mais s'ils sont lésés, on est censé avoir abusé de » leur âge; leur capacité cesse pour tout ce qui leur est préjudiciable, l'incapacité du mineur n'étant relative qu'à son » intérêt, etc.

Et en parlant des impubères : « Dans leur qualité de mineurs, la moindre lésion suffit, pour qu'ils se fassent restituer. » Enfin plus loin le même orateur ajoute encore : « Il » résulte de l'incapacité du mineur non émancipé, qu'il suffit qu'il éprouve une lésion pour que son action en rescision » soit fondée; s'il n'était pas lésé il n'aurait pas d'intérêt à se » pourvoir et la loi lui serait même préjudiciable si, sous » prétexte de l'incapacité, un contrat qui lui est avantageux » pouvait être annulé; le résultat de son incapacité est de ne » pouvoir être lésé et non de ne pouvoir contracter. *Restitus*

» *tur tanquam lœsus, non tanquam minor.* Le mineur
» non émancipé ne serait pas admis à se plaindre de lésion,
» si elle ne pouvait aucunement être attribuée à la personne
» qui a traité avec lui Tel serait le cas d'un évènement ca-
» suel et imprévu; on ne l'admet à la restitution contre les
» actes que pour empêcher ceux qui traitent avec lui d'abuser
» de l'inexpérience de son âge ! »

Or, nous le demandons à tout homme de bonne foi, tout ce passage ne s'applique-t-il pas au mineur non assisté de son tuteur, au mineur traitant seul et exposé ainsi à subir les funestes conséquences de son inexpérience? Et n'est-il pas de la dernière évidence que, dans ce cas, il ne pourra demander à être restitué, que pour autant qu'il y a intérêt, que pour autantqu'on a abusédesa jeunesse,quepour autantqu'il est lésé?

La même pensée se révèle d'une manière non moins claire dans le rapport présenté au tribunat par M. Jaubert, le 13 pluviôse an XII

« Il est bien vrai, dit ce tribun, qu'en règle générale un
» mineur est déclaré incapable de contracter; mais un mi-
» neur peut être capable de discernement; le lien de l'équité
» naturelle peut se trouver dans un contrat passé par un mi-
» neur. Voilà pourquoi la loi a dû distinguer, s'il s'agit d'un
» mineur non émancipé, la simple lésion donne lieu à la res-
» cision en sa faveur, il ne sera pas restitué comme mineur,
» il pourra l'être comme lésé. La loi dit *la simple lésion*, elle
» ne détermine pas la qualité; cependant le mot lésion em-
» porte avec lui l'idée d'un dommage un peu remarquable.
» C'est au juge à prononcer sur ce point... S'il s'agit d'un
» mineur émancipé, ou il a fait une convention qui rentre
» dans l'étendue de sa capacité et alors il n'est pas restituable
» même pour cause de lésion, ou si la convention excède
» les bornes de sa capacité, il peut se prévaloir de la simple
» lésion. »

Certes, quand on parle du mineur susceptible de discernement, du mineur capable de contracter un lien d'équité naturelle, c'est du mineur seul et non du mineur assisté de son tuteur, et encore moins du tuteur agissant pour le mineur qu'on entend parler. Du reste, tout le passage que nous venons de citer nous semble le commentaire le plus clair et le plus précis de notre théorie, à laquelle il sert en même temps de démonstration

Cependant M. Toullier a cru devoir embrasser un autre système.

Pour l'étayer, il argumente des articles 1304 et 1311; il conclut du rapprochement de ces deux dispositions que, suivant le code, il y a des obligations nulles et d'autres seulement sujettes à rescision, que l'acte est nul lorsque la forme nécessaire pour sa validité n'a pas été observée, et il ajoute que l'autorisation du tuteur est la forme requise pour la validité des obligations du mineur, d'où la conséquence que, sans cette autorisation, l'obligation est nulle dans sa forme.

Cette argumentation, ainsi qu'on le voit, est fort simple; malheureusement une de ses prémisses est fausse; nulle part dans la loi, il n'est écrit que l'autorisation du tuteur est la forme requise pour la validité des obligations du mineur, aucun article ne porte que le mineur ne pourra s'obliger sans l'assistance de son tuteur. S'il en était ainsi, la minorité à elle seule serait toujours une cause de nullité, l'incapacité du mineur serait générale; or, le contraire résulte, pensons-nous, du rapprochement des art. 1124 et 1125.

Mais M. Toullier invoque lui-même ce dernier article, qui place sur la même ligne le mineur et la femme mariée; il en déduit que, puisque la femme peut attaquer ses engagements pour cause d'incapacité, quand elle a contracté sans le consentement ou le concours de son mari, le mineur le peut également lorsqu'il a contracté sans l'autorisation de son tuteur.

La réponse ici est encore prête, elle sort de ce que nous avons déjà dit, si la femme non autorisée peut attaquer ses engagements, ce n'est pas en vertu de l'art. 1125, cet article à lui seul ne saurait produire cet effet, mais c'est en vertu des articles 217 et 225; or, il n'existe point de texte semblable qu'on puisse invoquer en faveur du mineur non autorisé.

Toutefois, dans l'intérêt de son système, M. Toullier est obligé de rejeter lui-même la parité complète entre le mineur et la femme; cette dernière, autorisée, ne peut, sous aucun prétexte, revenir contre ses engagements; le mineur le peut en établissant la lésion.

Sur quoi se fonde cette distinction? Est-elle écrite dans la loi comme celle que nous admettons? Nullement, elle est arbitraire, elle ne peut trouver un appui dans l'art. 1305 et suivants, ainsi que nous l'avons prouvé; si donc les articles 1124

et 1125 placent sur la même ligne les femmes et les mineurs, cette assimilation, loin d'être favorable au système de M. Toullier, fournit un nouvel argument au nôtre. Ajoutons que M. Toullier, en citant en note M. Proudhon, convient qu'il semble être d'une opinion contraire à la sienne.

M. Troplong soutient aussi que le défaut d'autorisation vicie l'acte passé en minorité d'une nullité *ipso jure*, ainsi que cela était établi en droit romain, mais qu'un contrat passé par un mineur, quoique valable en la forme, peut être rescindé pour simple lésion.

Pour justifier son opinion, M. Troplong part comme M. Toullier du rapprochement des articles 1304 et 1311, comme lui il interprète erronément l'art. 1305 et il invoque de plus les art. 2012 et 502.

Le premier de ces articles porte : qu'on peut cautionner l'*obligation encore qu'elle puisse être annulée par une exception personnelle à l'obligé, par exemple dans le cas de minorité.* D'où il conclut que l'action en nullité est la seule qu'il faille employer contre les obligations des mineurs passées sans les formalités de la loi.

Sans examiner si cette déduction est bien rigoureuse, nous admettons que les obligations des mineurs passées sans les formalités de la loi, peuvent et même doivent être attaquées par l'action en nullité, alors que le législateur fait dépendre la validité des engagements de l'observation de ces formalités, mais il résulte de ce que nous avons déjà dit, que cette règle ne saurait être appliquée au défaut d'autorisation.

Nous pensons d'ailleurs que le mot *annulé* dont se sert l'art 2012 doit être pris dans son acception générique, et qu'il désigne non-seulement les obligations sujettes à l'annulation proprement dite, mais aussi celles soumises à la rescision, car certes le législateur a voulu qu'on pût cautionner les uns et les autres, et la rescision aussi bien que l'annulation est une exception personnelle à l'obligé.

Quant à l'article 502, il porte : « l'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement.
» Tous actes passés postérieurement par l'interdit ou sans
» l'assistance du conseil seront nuls de droit. »

Il n'est pas possible, observe M. Troplong, de mettre une différence entre le mineur et ceux qui sont ou interdits ou

sous l'assistance d'un conseil. La loi assimile toujours ces individus les uns aux autres.

Mais depuis quand peut-on introduire des nullités par analogie, par assimilation? L'article 502 ne parle que des interdits et de ceux qui sont pourvus d'un conseil, et aucun article n'en dit autant des mineurs.

Si l'article 509 assimile l'interdit au mineur, cela ne peut être que sous la réserve des dispositions précédentes, et s'il rend applicables à l'interdit les règles pour la minorité, il est loin de dire, par contre, que tout ce qui est statué pour l'interdit sera appliqué au mineur.

Et peut-on de bonne foi placer sur la même ligne les individus de ces deux catégories? L'interdit est supposé privé d'intelligence, il ne peut par conséquent s'obliger, puisqu'il est censé incapable de volonté raisonnée et libre, tandis que le mineur, pour nous servir des termes du tribun Jaubert, peut être capable de discernement; le lien de l'équité naturelle peut se trouver dans un contrat passé par lui.

Au surplus, ce qui démontre que la loi n'a pas entendu en réalité placer l'interdit et le mineur sur la même ligne, c'est l'article 1305 qui ne parle que du mineur et non de l'interdit. Si cet article avait le sens qu'on veut lui donner, si le système de nos adversaires était le véritable, pourquoi donc le législateur n'aurait-il point permis à l'interdit comme au mineur d'attaquer les actes passés par son tuteur ou avec l'assistance de celui-ci?

Et certes, si le législateur, à l'article 1305, ne parle point des interdits, ce n'est pas là une omission qui puisse être attribuée à l'oubli, puisqu'il s'en occupe expressément à l'article qui précède immédiatement.

L'opinion de MM. Toullier et Troplong trouve encore un défenseur dans M. Magnin qui a écrit un traité *ex professo* sur la minorité (1).

Cet auteur part de deux idées également fausses; la première, que la simple lésion dont parle l'art. 1305 n'est autre chose que l'incapacité du mineur, que cette incapacité prouve d'elle même qu'il est lésé, la seconde, que l'art. 1124 a généralisé les cas prévus par l'art. 1125, en sorte que, hors des cas légalement exceptés, le mineur pourra toujours attaquer ses

(1) Traités des minorités, n° 1137

engagements pour cause de lésion résultant de l'incapacité.

La première de ces assertions donne à l'art. 1305 un sens absurde en détournant ses expressions de leur acception véritable et naturelle; la seconde prête au législateur une marche illogique, elle suppose que l'exception a précédé la règle, que le principe a été modifié avant d'avoir été énoncé. Du reste la simple lecture des art. 1124 et 1125 suffit pour faire justice de cette interprétation.

Que si nous cherchions à nous prévaloir d'autorités à notre tour, nous pourrions invoquer Merlin, *Répertoire*, v° Enregistrement, § 2. p. 369 et *Questions de Droit*, v° Hypothèque, § 4, n° 3, p. 108. Nous n'allons pas même aussi loin que ce grand jurisconsulte, puisque nous admettons la nullité des actes passés sans les formalités spécialement exigées par la loi, tandis que Merlin, dans ce cas même, applique l'article 1305 et n'accorde que la rescision, système qui se concilierait difficilement avec les diverses dispositions du code que nous avons citées et analysées plus haut.

Mais M. Duranton (*Contrats et obligations*, tit. 1, n° 185) enseigne la doctrine que nous avons cru devoir adopter, et la développe avec beaucoup d'étendue.

Enfin Dalloz, dans sa *Jurisprudence du XIX° siècle*, est disposé à se ranger au même avis (t. 20, p. 315).

D'ailleurs le bon sens, l'équité, l'intérêt bien entendu des mineurs nous semblent militer en faveur de cette opinion. On ne saurait disconvenir qu'en général le mineur n'est pas dénué d'intelligence; il peut être faible, mais il a la conscience de ses actions; pourquoi donc l'admettrait-on à revenir contre des engagements volontairement contractés, alors qu'il n'éprouve aucun préjudice, alors qu'il est sans intérêt? Certes la protection de la loi n'a pas dû s'étendre jusqu'à ses caprices; et s'il a été assisté de son tuteur, si, ainsi, il a offert au tiers toutes les garanties que celui-ci pouvait légalement exiger, s'il n'a pas dépendu de lui de prendre plus de précautions, faudra-t-il que ce tiers, auquel on n'a aucun reproche à faire, demeure pendant de longues années exposé à une action en rescision fondée sur la moindre lésion? Mais à ce compte, qui voudrait désormais traiter avec les mineurs même assistés de leur tuteur? Ce serait là leur ôter nécessairement toute confiance, tout crédit; loin de les protéger, ce serait les placer dans la position la plus fâcheuse.

Mais c'est à tort, pensons-nous, qu'on reprocherait au législateur d'avoir consacré ce système. Notre interprétation l'en absout, en mettant la loi en harmonie avec ce que réclament la justice et la raison.

STAS.

DU CONCOURS DES PRIVILÈGES

Deux principes fondamentaux dominent toutes les dispositions de notre législation en matière d'hypothèques et de priviléges. Le premier, relatif aux hypothèques, fait dépendre le droit et le rang des créanciers de l'époque de leur inscription hypothécaire: *Qui potior est tempore, potior est jure;* le second, ayant trait aux priviléges statue, qu'en cette matière, le rang se fixe par la qualité de la créance: *Privilegia non ex tempore, sed ex causâ æstimantur.*

Le législateur a pris les plus grandes précautions pour fixer, d'une manière certaine, la date de l'inscription: mais il n'a pas montré la même sollicitude pour fixer la qualité des créances privilégiées et, par suite, l'ordre dans lequel elles seront payées en cas de concours.

Sous ce rapport, les auteurs prétendent trouver plusieurs lacunes dans la loi et ils regrettent l'arbitraire auquel selon eux elles peuvent donner lieu. Pour parer à cet inconvénient, chacun d'eux offre un système, d'après lequel se fixerait, d'une manière certaine, le rang de chaque privilége: malheureusement tous ces systèmes n'ont d'autre base que l'arbitraire même de ces auteurs, ils commencent ainsi par adopter l'abus qu'ils veulent proscrire

Le code est-il réellement aussi incomplet qu'on le prétend? ses dispositions ouvrent-elles à l'arbitraire ce champ vaste que les auteurs y découvrent?

Nous ne le croyons pas, et c'est là ce que nous nous proposons d'établir dans cet article.

Les priviléges sont généraux et spéciaux. les premiers frappent tous les meubles et *subsidiairement* tous les immeubles du débiteur (2105 c. c.).

Les créances garanties par ces priviléges sont:

1° Les frais de justice.

2° Les frais funéraires.
3° Les frais quelconques de dernière maladie.
4° Les salaires des gens de service.
5° Les fournitures de subsistances (2101 c. c.).

Le trésor public, dans certains cas, exerce aussi un privilége général, mais il est réglé par des lois particulières; pour simplifier la discussion à laquelle nous allons nous livrer, nous examinerons, à la fin de cet article, les diverses lois qui établissent des priviléges en faveur du trésor public.

En cas de concours, ces créances s'exercent dans l'ordre, suivant lequel nous venons de les énumérer.

Les priviléges spéciaux sur meubles sont :

1° Les loyers et fermages des immeubles sur les fruits de la récolte de l'année et sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme.

2° La créance sur le gage dont le créancier est saisi.

3° Les frais faits pour la conservation de la chose.

4° Le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur.

5° Les fournitures d'un aubergiste, sur les effets du voyageur transportés dans son auberge.

6° Les frais de voiture, sur la chose voiturée.

Les priviléges spéciaux sur certains immeubles sont :

1° Le vendeur sur l'immeuble vendu.

2° Ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble.

3° Les cohéritiers sur les immeubles de la succession.

4° Les architectes, entrepreneurs, maçons, sur les ouvrages auxquels ils ont travaillé.

5° Ceux qui ont prêté les deniers pour payer ou rembourser ces ouvriers.

Le code déclare que les priviléges généraux en concours avec des priviléges spéciaux sur immeubles priment ces derniers, mais il garde le silence sur le point de savoir si les priviléges généraux doivent également l'emporter sur les priviléges spéciaux sur meubles; il ne dit pas d'après quel ordre les divers créanciers spéciaux exercent leur droit en cas de concours.

C'est le silence du législateur sur ces points qui a donné lieu à ces systèmes dont nous venons de parler, mention-

nons-en quelques-uns et voyons comment chaque auteur justifie le sien.

Grenier, dans son *Traité des priviléges et des hypothèques*, partant du principe que la préférence se règle d'après la qualité des priviléges, n'hésite pas à proclamer que les priviléges généraux doivent l'emporter sur les priviléges spéciaux sur meubles, tout comme ils l'emportent, d'après l'art 2105, sur les priviléges spéciaux sur immeubles.

Toutefois, il admet une exception en faveur du créancier gagiste. Celui-ci, d'après Grenier, a sur la chose à lui remise, un droit si favorable qu'il doit même précéder toutes les créances de l'art. 2101, telles que frais de justice, etc. Ce droit exorbitant, en faveur du créancier gagiste, Grenier le découvre dans les termes de l'art 2073 ainsi conçu : Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilége et préférence aux autres créanciers.

Quant au rang des priviléges spéciaux entre eux, Grenier le fixe d'après la qualité des créances. Pour apprécier cette qualité, il établit trois sources auxquelles les diverses créances privilégiées puisent la faveur que leur accorde le législateur. Ce sont 1° la propriété; 2° la conservation de la chose; 3° le nantissement.

Les priviléges ayant leur source dans la propriété, doivent, selon Grenier, l'emporter sur tous les autres : la propriété étant le droit le plus sacré et le plus étendu que reconnaisse notre législation : le privilége qui en provient doit aussi l'emporter sur les autres.

La créance du vendeur, soit d'un meuble, soit d'un immeuble, ainsi que celle du prêteur qui a avancé les deniers pour payer le vendeur et qui est entièrement subrogé au lieu et place de celui-ci, celle du cohéritier, ayant toutes leur origine première dans la cession du droit de propriété, le privilége établi en leur faveur doit donc l'emporter sur tous autres. Ce n'est qu'après leur payement intégral que la propriété est réellement sortie de leurs mains et que les autres créanciers de l'acquéreur peuvent exercer quelques droits sur cet objet.

Les créances provenant de frais faits pour la conservation de la chose ou pour son amélioration, méritent le plus de faveur après celles qui tirent leur origine de la propriété cédée.

Ainsi, les architectes, les maçons et autres ouvriers employés pour édifier ou réparer, seront colloqués après les vendeurs et les cohéritiers, mais avant tous autres créanciers. Ce sont les travaux des architectes et des ouvriers qui ont conservé la chose, sans eux elle n'existerait plus, il est donc de toute justice qu'ils obtiennent la préférence sur les autres créanciers, auxquels ils ont conservé un gage.

La troisième source des priviléges, c'est le gage ou le nantissement contracté d'une manière soit expresse, soit tacite, et c'est d'elle que découlent les priviléges du créancier gagiste, du bailleur, de l'aubergiste, du voiturier. Tous ces créanciers viendront au troisième rang.

Tel est le système de Grenier. Développé aussi clairement qu'il a été consciencieusement conçu, Grenier le présente comme devant prévenir toute controverse et comme conforme à l'esprit du code, seul guide qui puisse être suivi en cette matière, le législateur se trouvant dans l'impossibilité de classer dans le texte toutes les hypothèses de concours qui peuvent se présenter, et de déterminer, dans chacune de ces hypothèses, le rang de chaque créancier.

Cependant l'espoir de M. Grenier a été déçu, son système n'a prévenu aucune controverse, et de tous les auteurs qui ont écrit après lui, Battur (1) est peut-être le seul qui ait suivi sa doctrine.

Persil, tant dans son *Traité des hypothèques et des priviléges* que dans son ouvrage intitulé : *Questions de droit sur les hypothèques*, donne aux priviléges spéciaux la préférence sur les priviléges généraux, il pense que par leur spécialité même ils affectent bien plus intimement les objets auxquels ils s'attachent. Persil se fonde en outre sur un argument *a contrario* tiré de l'art. 2105; puisque le code dit formellement que les priviléges généraux l'emportent sur les priviléges spéciaux sur immeubles, et qu'il ne renferme pas la même disposition à l'égard des priviléges spéciaux sur meubles, c'est qu'il veut que ceux-ci l'emportent sur les priviléges généraux. *Qui de uno dicit de altero negat.*

Quant au rang des divers créanciers ayant privilége sur certains meubles et qui peuvent concourir entre eux, Persil pense que cette matière n'est pas de nature à pouvoir soulever

(1) *Traité des hypothèques* (Paris 1834)

de sérieuses difficultés, parce que, dit-il, la plupart de ces priviléges sont fondés sur la possession et qu'en la perdant on perd également son privilége. Il ne prévoit qu'un seul cas de concours possible, c'est lorsque le locateur et le réparateur se présentent pour être payés sur le prix du même meuble, puisque le locateur l'emporte sur le vendeur, Persil croit qu'*à fortiori* il doit l'emporter sur le réparateur.

Pour ce qui regarde les priviléges sur certains immeubles, Persil, nous semble-t-il, a fort bien aperçu et prouvé qu'il ne peut exister de concours entre eux. Le vendeur d'un immeuble, le prêteur des deniers ayant servi à le payer, le cohéritier, exerceront leur droit d'après la date des contrats. Le concours entre le vendeur et l'architecte ou bien entre ce dernier et le cohéritier, ne peut également donner lieu à aucune difficulté. Le vendeur sera payé sur le prix que l'immeuble eût valu si aucune réparation n'y eût été faite, l'architecte sera payé sur le résultat de ses travaux, il emportera la plus value.

Tarrible est d'avis que le législateur, en traçant l'ordre d'après lequel s'exercent les priviléges généraux, et en ne traçant pas celui des priviléges spéciaux, a suffisamment manifesté que le concours entre ces derniers ne pût exister que dans quelques cas qu'il a eu soin de régler.

D'après Tarrible, le locateur ne peut jamais se trouver en concours avec le créancier gagiste, le voiturier, l'aubergiste. En effet, son privilége ne s'étend que sur les objets qui garnissent la maison louée; or, les objets donnés en gage, ceux qui se trouvent en la possession du voiturier, de l'aubergiste, ne sont pas dans cette catégorie. Le concours est également impossible entre le vendeur et le créancier gagiste, le voiturier, l'aubergiste, ils n'ont tous qu'un droit basé sur la possession et la même chose ne peut, en même temps, être en la possession de plusieurs. A la vérité, le concours peut exister entre le vendeur et le locateur, mais, dans ce cas, le code, art. 2102, § 4, indique l'ordre à suivre.

Si, parmi les créanciers, il se trouve un ouvrier ayant fait des frais pour la conservation de la chose, il aura la préférence sur tous les autres créanciers. Tous, en effet, profitent du travail de l'ouvrier, et il est de principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

En examinant la question de la prééminence des priviléges

généraux sur les spéciaux, Tarrible n'hésite pas à accorder la préférence aux créanciers ayant privilége général, et voici par quel raisonnement il est amené à cette conclusion :

Les priviléges spéciaux sur les immeubles sont primés par les priviléges généraux, pourquoi en serait-il autrement pour les priviléges sur meubles?

Le vendeur, le réparateur d'un immeuble est primé par le créancier pour frais de justice, etc.; le vendeur, le réparateur d'un meuble mériterait-il plus de faveur?

Ce raisonnement peut être sage, mais quoiqu'il vienne à l'appui d'une opinion qui est aussi la nôtre, nous le croyons peu propre à fixer les convictions.

Tarrible a les mêmes idées que Persil quant au concours des priviléges sur certains immeubles; nous nous abstiendrons d'en parler.

Demante, professeur de droit à Paris, un des plus zélés écrivains de la *Thémis*, a publié, dans le 5e volume de ce recueil, un article sur le rang des divers créanciers priviléģiés, et y a exposé un système tout différent de ceux que nous venons d'indiquer. D'après cet écrivain, l'opinion qui donne le premier rang aux priviléges généraux sur meubles n'est pas plus fondée en droit que celle qui donne la préférence aux priviléges spéciaux.

Cette dernière lui paraît insoutenable parce qu'elle mène à la nécessité de préférer tous les créanciers particuliers, quelque peu favorable que soit leur cause, à d'autres créances, telles que frais de justice etc., qui, ayant été faites dans un intérêt commun, méritent cependant la plus grande faveur.

Le système qui tend à faire primer les priviléges spéciaux par les priviléges généraux semble à M. Demante en opposition flagrante avec les art. 661 et 662 du code de procédure civile. D'après ces articles, le locateur est payé par préférence même aux frais de justice, qui occupent le premier rang parmi les priviléges généraux. Ainsi, dit M. Demante, on ne peut rien conclure de la qualité de privilége général ou spécial: le moyen le plus assuré pour fixer le rang de chaque créance est de les classer d'après le degré de faveur qu'elles méritent; pour reconnaître ce degré, le collaborateur de la *Thémis* se livre, comme Grenier, à la recherche des causes auxquelles se rattachent les priviléges; il en découvre quatre, et les place dans l'ordre suivant :

1° Nantissement exprès ou tacite;
2° Dépenses faites dans l'intérêt de tous;
3° Propriété non transférée, en cas d'inexécution du contrat synallagmatique;
4° Faveur attachée à certaines créances par humanité, telles que salaires des gens de service, etc.
En matière d'immeubles, Demante se laisse guider par les mêmes principes.
Nous finirons cette analyse des auteurs, par l'exposé de la doctrine de *Troplong*. Cet auteur traite avec beaucoup de soin toutes les questions qui se rattachent au concours des divers priviléges entre eux. Comme il jouit, à juste titre, d'une grande considération, nous croyons utile d'exposer son système avec quelque étendue, et sans déranger l'ordre suivi par le savant conseiller de la cour de cassation de Paris.
Le concours entre les divers créanciers privilégiés peut se présenter dans les diverses hypothèses suivantes :
I. *Entre les priviléges généraux sur meubles ;* l'art. 2101 trace l'ordre d'après lequel ils doivent être rangés.
II. *Entre les divers priviléges spéciaux sur meubles,* énumérés à l'art. 2102. Quoique plusieurs de ces priviléges ne puissent jamais se trouver en présence, les cas de concours n'en sont pas moins trop nombreux et trop variés pour qu'il soit possible d'établir des règles propres à déterminer le rang de chaque créancier. Telle créance qui en prime une autre dans un cas donné, sera primée par celle-ci s'il se présente un autre concours de circonstances. Dans l'impossibilité de classer tous les priviléges dans un tableau général, il faut grouper ceux qui peuvent grever une même chose et les classer ensuite d'après la qualité et la faveur de la cause de chacun. Cette faveur peut découler de trois sources principales, savoir : 1° *la gestion d'affaires dans l'intérêt des créanciers.* Il est des actes qui ont procuré l'intérêt de tous les créanciers, soit en liquidant en argent, susceptible de distribution, la chose grevée, soit en conservant le gage commun. Ceux dont les avantages ont été ainsi faits, ne pourront contester la prééminence à celui qui aura mis ses fonds à découvert pour leur assurer la conservation et l'exercice de leurs droits. Ainsi, les frais de réparation, etc., auront le pas sur tous.
2° *La possession.* Elle a toujours joui des plus hautes pré-

rogatives. En matière de meubles surtout elle est de la plus grande importance puisqu'elle équivaut au titre. Elle est donc un motif puissant de préférence entre les créanciers privilégiés, et peut être invoquée par le gagiste, le voiturier, l'aubergiste, etc.

3° *La propriété*, d'où naît le privilége du vendeur et celui du cohéritier ne vient que la dernière.

C'est d'après ces causes de préférence que M. Troplong classe tous les créanciers ayant droit sur unemême chose.

III. *Entre les priviléges généraux et les priviléges spéciaux sur meubles*. Avec la plupart des jurisconsultes, Troplong donne la préférence aux priviléges généraux sur les priviléges spéciaux sur meubles. Les premiers reposent sur des services rendus à l'homme, sur des considérations de haute moralité, les seconds sont fondés sur la propriété, sur des services rendus à la chose. « Ce serait, dit Troplong, dans son « style métaphorique, ce serait un matérialisme dégradant « que de faire primer ceux-là, tandis que le législateur « français a toujours été guidé par les principes du spiritua- « lisme le plus pur. »

IV. *Entre les priviléges spéciaux sur immeubles*. Ces priviléges, au nombre de cinq, peuvent se réduire à trois. En effet, les bailleurs de fonds, soit que ces fonds aient été employés à faire l'achat, soit qu'ils aient été employés à payer les ouvriers, prennent la place de ceux qui ont été remboursés et leur sont subrogés; il n'y a donc, en définitive, de difficulté que pour assigner un rang au vendeur, au copartageant, et à l'architecte. Mais le privilége de ces créanciers ne s'exerçant pas sur le même objet, le concours entre eux est impossible, la question de préférence ne peut donc pas se présenter quant à eux.

Tel est le système de M. Troplong. Il le développe avec ce talent et cet entraînement qui lui sont particuliers; cependant, pas plus que les autres auteurs dont nous avons rapporté les opinions, il ne nous semble avoir reconnu le véritable esprit du législateur sur cette matière.

Ainsi que nous l'avons dit, le Code a divisé les priviléges en généraux et spéciaux.

Les premiers sont ceux de l'art. 2101 et s'exercent dans l'ordre tracé par cet article.

Lorsque ces priviléges sont en concours avec des priviléges

spéciaux sur immeubles, ces derniers sont primés; c'est la disposition formelle de l'art. 2105.

Mais *quid*, si les priviléges généraux sont en concours avec des priviléges spéciaux sur meubles?

C'est la première question que nous ayons à examiner et déjà nous avons vu combien sont divergentes les opinions des auteurs sur sa solution.

Nous croyons cependant qu'il existe dans le Code des éléments propres à fixer toutes les convictions.

D'abord, et on le reconnaît généralement, la cause des priviléges généraux étant l'humanité, l'ordre public, est des plus favorables. « Ces créances, disait Treilhard au corps législatif, sont sacrées en quelque sorte, puisque c'est par elles que le débiteur a vécu »: or, le rang des priviléges se fixe par leur qualité, donc nul doute que les priviléges généraux ne méritent le pas sur tous les autres. Le Code ne le dit pas expressément, mais cela était-il nécessaire? Ne venait-il pas de proclamer le principe que c'est la qualité qui fixe le rang des priviléges? On objecte : Les priviléges spéciaux doivent l'emporter sur les priviléges généraux, parce que, par suite de leur spécialité même, ils affectent plus fortement les objets auxquels ils sont attachés : *Generi per speciem derogatur.* Mais cette objection n'a aucun fondement. Il n'est nullement démontré que le privilége spécial affecte plus fortement l'objet auquel il s'attache. Nul ne soutiendrait que l'hypothèque spéciale doit primer l'hypothèque générale parce qu'elle affecte plus intimement l'immeuble. Nul ne verrait dans la qualité d'hypothèque générale ou spéciale un motif suffisant pour s'écarter de la règle : *Qui prior tempore, potior jure.* Pourquoi donc attacher plus d'importance à la qualité de privilége général ou spécial? Pourquoi s'écarter ici de la règle : *Privilegia non ex tempore sed ex causâ æstimantur.* — En outre, l'adage : *Generi per speciem derogatur* n'est d'aucune application en cette matière, et nous ne comprenons pas comment des auteurs graves aient pu l'invoquer. Cet axiome est juste, lorsque la loi, ayant établi une règle, applicable à un grand nombre de cas, vient ensuite statuer différemment sur un cas, qui, sans cette nouvelle disposition, serait tombé sous la règle générale. Ainsi, le Code proscrit les substitutions par l'art. 826, mais il les permet dans quelques cas exceptionnels, c'est le cas de dire : *Generi per speciem derogatur*; ainsi en-

core le code établit le retrait contre l'acquéreur de droits litigieux par l'art. 1699, mais il n'y a pas lieu à retrait dans les cas de l'art. 1701, c'est encore le cas de dire : *Generi per speciem derogatur*, mais ce n'est que par une confusion d'idées qu'on a mis ce principe en avant à propos de privilége *général et spécial*. On insiste : Le code a cru nécessaire de proclamer que les priviléges généraux l'emportent sur les priviléges spéciaux sur immeubles, il ne l'a pas fait pour les priviléges spéciaux sur meubles, or : *Qui de uno dicit de altero negat*, donc..., etc. Mais nous avons déjà vu comment on avait rétorqué cet argument, puisque le législateur veut que les priviléges généraux l'emportent sur les priviléges spéciaux sur immeubles, il faut également leur donner le pas sur les priviléges spéciaux sur meubles.

On le voit donc, l'art. 2105 a fourni des armes aux deux opinions : l'une en tire un argument *à contrario*, l'autre un argument *à pari*. Mais, à notre avis, aucun des auteurs que nous avons consultés, n'a saisi la véritable portée de cet art. 2105, qui est très-grande à nos yeux.

L'art. 2104, avait posé le principe absolu que les priviléges généraux s'étendraient uniformément sur les immeubles et les meubles. Mais l'art. 2105 vient ensuite et ne donne à ces priviléges qu'un recours *subsidiaire* sur les immeubles, cette restriction étant consacrée, un doute légitime pouvait naître : le privilége général n'étant plus que subsidiaire sur les immeubles, le privilége spécial sur ceux-ci, qui les affecte directement, ne devait-il pas l'emporter ? Et certes, on eût été fondé à le prétendre, si la loi n'avait prévenu ce doute par le même art. 2105, en décidant, d'un même contexte, que nonobstant ce caractère subsidiaire le privilége général l'emportera encore sur le privilége spécial; tant est grande la faveur due à ces priviléges généraux! — Que la prééminence des priviléges généraux soit le véritable système de la loi, c'est ce qui nous paraît incontestable.

Nous pourrions nous dispenser d'examiner le système si bizarre, si variable, si capricieux de M. Demante, cependant réfutons-le en quelques mots, la vérité n'en apparaîtra que plus clairement. Cet écrivain prétend que l'on ne peut rien induire de la qualité de privilége général ou spécial, et que c'est ailleurs qu'il faut chercher la cause de préférence entre

les divers priviléges; il craint de donner le pas aux priviléges spéciaux, parce que ce serait à ses yeux une iniquité trop grande. Il ne craint pas moins de donner la priorité aux priviléges généraux, l'art. 662 du code de procédure donnant l'exemple d'un privilége général primé par un privilége spécial

Mais observons que cet art. 662 ne prouve rien · il n'a pas voulu créer une préférence en faveur du locateur sur les créanciers pour frais de justice, mais seulement lui donner une prééminence sur des frais qui n'ont pas été faits dans son intérêt. Cet art. 662 est le corollaire de l'article précédent, qui lui donne le droit de faire statuer préliminairement sur son privilége, de sorte que, s'il a déjà été ainsi statué sur son droit, les frais de poursuite ultérieurs ne le concernent plus, partant ne peuvent plus être prélevés que son droit sauf. C'est là uniquement ce qu'a voulu dire l'art. 662 du code de procédure, c'est là ce qui existerait pour tout autre créancier que sa position rendrait désintéressé dans la poursuite. L'argument de M. Demante est donc écarté, et, nous pouvons le dire, d'une manière péremptoire.

Nous ne pouvons également admettre l'opinion de M. Grenier, qui fait primer tous les priviléges quelconques par la créancier gagiste.

A la vérité l'art. 2073 du code civil dit que le gage confère au créancier qui en est nanti, le droit de se faire payer par privilége aux autres créanciers. Mais il ne faut pas donner à ces termes plus de portée qu'ils n'en comportent; l'art. 2095 en dit autant pour tous les priviléges en général, ce n'est donc là qu'une manière de s'exprimer qui a la même force que si on disait que le créancier gagiste sera payé de préférence aux autres créanciers, qui n'ont en leur faveur aucune cause de préférence.

L'exposé que nous avons fait du système de quelques auteurs, a fait voir à quelles longues discussions ils s'étaient livrés pour déterminer le rang des priviléges spéciaux sur meubles, en cas de concours entre eux Grenier, Demante, Troplong, etc., prétendent que, pour fixer ce rang, il faut remonter à la source de chaque privilége et trouver ainsi le degré de faveur qu'il mérite; et partant de là, ils assignent plusieurs faits d'où dérivent les priviléges.

Mais n'est-il pas contraire à la nature des priviléges de

vouloir les faire envisager comme la conséquence d'un fait, comme la suite d'une circonstance donnée? Chaque privilége est une exception à cette règle que tous les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers, exception qui n'existe qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi et pour des causes spéciales et particulières à chaque créance. S'il est vrai, comme le prétendent quelques auteurs, que la propriété cédée, la possession, les frais faits dans l'intérêt de tous sont des causes de privilége, combien leur nombre ne serait-il pas considérable? car que de créances tirent leur origine de ces mêmes causes!

Il est en outre complétement inexact de dire, comme le font ces auteurs, que la créance du vendeur est privilégiée, parce que la propriété qu'il a cédée n'est réellement transmise à l'acquéreur qu'après le payement du prix. La vente est parfaite dès qu'il y a consentement sur le prix et sur la chose.—Ce n'est pas avec plus de fondement qu'ils disent que la créance du copartageant provient de ce qu'il n'a entendu se dessaisir de son droit sur les biens indivis, que moyennant payement de la soulte ou l'acquisition de la propriété des biens formant son lot, et qu'il n'est entièrement dessaisi de la propriété que par le payement qui lui est fait; car, par l'effet du partage, la propriété des biens composant le lot de chaque copartageant ne lui est pas seulement acquise d'une manière irrévocable, mais les autres copartageants sont même censés n'avoir jamais eu de droit sur cette chose. Le privilége du vendeur, celui du copartageant n'ont donc rien de commun avec la propriété. « Si le vendeur est favorisé, c'est qu'il est » privé tout à la fois de la chose et du prix; et que l'ache- » teur, et par suite les autres créanciers s'enrichiraient à ses » dépens, s'ils pouvaient prendre une part dans le prix de » cette chose non payée, qui n'eût jamais dû entrer dans le » patrimoine de l'acheteur. Le gage commun ne peut con- » sister que dans la chose ou dans le prix qui en représente » la valeur, parce qu'il ne peut se trouver légitimement que » l'un ou l'autre dans l'avoir du débiteur commun. Le pri- » vilége du copartageant ne repose également que sur de » pareils motifs d'équité. Lorsqu'un copartageant est évincé » du tout ou de partie de son lot, il devient constant que » la succession à partager aurait dû se composer d'autant » moins, et dans ce cas, tous les lots eussent dû, dès l'ori-

» gine, diminuer dans la même proportion. » (Note de l'éditeur belge sur Troplong, *Traité des privilèges*.)

Ce sont de semblables motifs d'équité qui sont la véritable source des privilèges : nous ne pouvons donc admettre les causes auxquelles quelques auteurs les font remonter. Quelle incertitude d'ailleurs règne parmi tous ces auteurs ! Grenier place en première ligne les privilèges qu'il rattache à la propriété, Troplong les fait précéder par tous les autres, et donne le premier pas aux privilèges dérivant de la possession, que Grenier classe les derniers de tous.

A notre avis, le législateur, qui a eu soin de fixer l'ordre entre les différents privilèges généraux, qui a également fixé le rang des privilèges spéciaux dans quelques cas de concours qu'il prévoit, a supposé que d'autres cas plus nombreux ne puissent se présenter. Et, en effet, ces cas sont fort rares; nous allons le prouver en plaçant chaque privilège en parallèle avec tous les autres.

1° *Le locateur* a privilège sur les biens qui garnissent la maison louée, et sur ceux qui servent à l'exploitation de la ferme. Ce privilège cesse par le déplacement de ces objets, par leur transport hors de la maison ou de la ferme louée. Ainsi le locateur ne peut se trouver en concours, ni avec le créancier gagiste, ni avec l'aubergiste, ni avec le voiturier, puisque chacun de ces créanciers doit être détenteur de la chose pour qu'il ait privilège, et qu'il est impossible qu'à la même époque la chose garnisse la maison louée, et se trouve dans la possession du voiturier, de l'aubergiste, ou du créancier gagiste. Un d'eux peut seul avoir privilège.

Il est vrai, le locateur peut revendiquer les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, lorsque, sans son consentement, ils ont été déplacés et remis, soit à un aubergiste, soit à un voiturier... Mais il n'est pas exact de dire que dans ce cas, il y ait concours entre le locateur et le voiturier..., car, par l'effet de la revendication, le droit de ce dernier est éteint.

Tout concours avec le locateur n'est cependant pas impossible; il peut se trouver en présence avec le vendeur des meubles qui garnissent la maison, mais dans ce cas, l'ordre est fixé par l'art. 2102, n° 4. Le privilège du vendeur ne s'exerce qu'après celui du propriétaire de la maison, à moins qu'il ne soit prouvé que le propriétaire avait connaissance

que les meubles et autres objets garnissant sa maison ou sa ferme n'appartenaient pas au locateur.

Le concours est encore possible entre le locateur et l'ouvrier qui a fait des frais pour la conservation de la chose, le privilége de ce dernier n'étant pas un effet de la possession de la chose; ici le code est muet, il faut donc recourir aux principes fondamentaux, et donner la préférence au privilége dont la qualité l'emporte, ou qui du locateur ou de l'ouvrier mérite le plus de faveur?

L'ouvrier peut dire qu'il a conservé la chose, qu'elle n'existe que par lui: *Causam pignoris fecit*. Le locateur dira que le législateur lui donne la préférence même sur le vendeur non payé, et qu'il peut, à plus forte raison, avoir le pas sur l'ouvrier qui a conservé la chose. « Le bon sens dit: » que celui-ci ne peut réclamer une préférence qu'il n'au» rait pas, quand même il serait le propriétaire de la chose » elle-même » (Duranton, tome x, n° 114.)

Voici comment Duranton règle ce cas, et nous adoptons entièrement son avis, qui nous semble concilier les prétentions de l'ouvrier et du locateur.

L'ouvrier aura le pas sur le locateur, si les frais ont été faits depuis le bail, ou même s'ils ont été faits avant le bail, mais que le locateur ait su que ces frais étaient encore dus. Dans tout autre cas, le propriétaire de la maison louée primera l'ouvrier.

2° *Le créancier gagiste* a privilége sur le gage dont il est saisi. Évidemment le locateur, le vendeur, l'aubergiste, le voiturier ne peuvent avoir aucun privilége sur cet objet: le seul créancier qui pourrait élever des prétentions, c'est l'ouvrier dont le travail a conservé le gage. Nous dirons encore, avec Duranton, que l'ouvrier ne primera le créancier gagiste, que pour autant que les réparations aient été faites depuis le gage donné, ou que le créancier gagiste ait su que cette réparation, faite antérieurement, n'était pas encore payée. Le contraire aurait lieu dans tout autre cas: l'équité le veut ainsi, car le créancier gagiste a dû croire que la chose a lui remise était libre de toute dette.

3° Nous venons d'examiner le cas de concours entre les *créances pour frais faits à la chose* et le locateur ou le créancier gagiste, nous ajouterons que ces frais, s'ils ont été faits pendant que la chose était en la possession de l'acheteur, qui

n'en a pas encore payé le prix, priment le privilége du vendeur; et, dans le cas où la vente a été faite sans terme (2102, n° 4) et que le vendeur exerce la revendication, il devra d'abord payer les frais, puisqu'ils ont eu lieu dans son intérêt. Quant à l'aubergiste et quant au voiturier, ils sont également primés par l'ouvrier, pourvu toutefois que les frais de celui-ci aient été faits depuis que les objets ont été apportés à l'auberge ou remis au voiturier, ou s'ils l'avaient été antérieurement, qu'il soit bien prouvé contre l'aubergiste... qu'il savait que ces frais étaient dus, toujours par argument de ce qui est dit au sujet du privilége du locateur luttant contre celui du vendeur de meubles.

4° *Le privilége des vendeurs d'objets mobiliers* étant subordonné à cette condition que les objets se trouvent encore en la possession du débiteur, il s'ensuit que ce privilége ne peut jamais se trouver en présence avec celui du voiturier ou de l'aubergiste, pas plus qu'avec celui du créancier gagiste. Il peut concourir avec le locateur, mais le Code détermine ce qu'il faut décider en ce cas.

5° et 6°. *Quant à l'aubergiste et au voiturier*, nous venons de voir qu'ils ne peuvent avoir de concours à redouter que de la part du réparateur de l'objet, et nous avons vu aussi à qui appartient la prééminence.

Il ne nous reste plus qu'à parler du concours entre priviléges sur immeubles, mais avec Persil, Tarrible, Troplong, etc., nous croyons que tout concours est ici impossible, le privilége des divers créanciers privilégiés ne portant jamais sur le même objet. (*V.* plus haut le système de Persil.)

Dans le cours de la discussion à laquelle nous venons de nous livrer, et dans le but de la simplifier, nous avons supprimé tout ce qui concerne le privilége du trésor public. Examinons en terminant les différentes lois qui s'occupent de ces priviléges.

Nous en avons trouvé cinq.

1° La loi du 5 septembre 1807 établit, en faveur du trésor public, un privilége *sur les biens du comptable*. D'après l'art. 5 de cette loi, ce privilége, quant aux meubles, ne s'exerce qu'après tous ceux énumérés aux art. 2101 et 2102, et quant aux immeubles, il ne préjudicie pas aux priviléges de l'art. 2103.

2° La même loi établit en faveur du trésor public un pri-

vilége pour le *recouvrement des frais de justice en matière de répression.*

Quant aux meubles, ce privilége ne vient qu'après ceux des art. 2101 et 2102, il sera même primé par les sommes dues pour la défense des condamnés. (Ces dernières sont donc aussi privilégiées.)

Quant aux immeubles, il est primé par les créances de l'art. 2103 et subordonné en outre à une inscription qui doit être prise dans les deux mois; passé ce délai, le privilége dégénère en simple hypothèque.

3° La loi du 12 novembre 1808 accorde au trésor public privilége *pour le recouvrement des contributions directes;* ce privilége est réglé ainsi qu'il suit, et s'exerce *avant tout autre.*

Pour la contribution foncière, il porte sur les fruits, revenus, fermages et loyers des immeubles sujets à la contribution: pour la contribution mobilière, patente, portes et fenêtres, etc., il frappe tous les meubles du redevable. Jamais il n'atteint les immeubles. Malgré la décision formelle de la loi que ce privilége s'exercera avant tout autre, il lui arrivera souvent d'être primé; il ne faut pas en effet perdre de vue l'art. 2098 du code civil, qui déclare que le privilége du trésor ne préjudiciera jamais à des droits antérieurement acquis.

4° La loi du 28 avril 1816, art. 76, établit un privilége semblable *pour le recouvrement des droits de timbre et d'enregistrement*, ainsi que des amendes pour contraventions y relatives.

5° *La régie des douanes* a privilége sur les biens et effets du redevable. Le privilége ne s'exerce toutefois qu'après les droits repris à l'art. 2101. Il ne pourra en outre nuire aux droits du locateur, et devra en tout cas s'arrêter devant la revendication formée par le propriétaire des marchandises qui seraient encore sous balle et sous corde. (Loi du 22 août 1791, tit. 2, art. 22.)

Une loi du 22 frimaire an VII, établit en faveur du trésor public et *pour le recouvrement des droits de mutation*, un droit de suite sur les fruits et revenus de ces biens, mais nous ne pensons pas que ce soit là un véritable privilége. En cette matière tout est rigoureux et de stricte interprétation.

Nous pensons avoir atteint le but que nous nous sommes proposé. Nous avons vu, en effet, que le Code renfermait

tous les éléments nécessaires pour résoudre les difficultés qui peuvent se présenter en cas de concours de plusieurs privilèges. Si nous n'avons pas craint de contredire quelquefois des auteurs du plus grand poids, c'est parce que notre opinion tendait toujours à justifier le législateur et à l'absoudre du reproche d'avoir laissé subsister dans le code des lacunes sur des points importants.

CH. JACOBS,

Avocat à Liége

SAISIE IMMOBILIÈRE. — PRÊT. — MANDAT. — VOIE PARÉE.

Peut-il être permis de stipuler, comme condition d'un prêt d'argent, qu'à l'échéance le créancier aura droit de faire vendre les biens de son débiteur dans des formes autres que celles qui sont tracées par la loi sur la saisie immobilière?

Cette question, devenue si grave par la controverse qu'elle subit depuis quelques années, et qui touche tant d'intérêts divers, va bientôt enfin recevoir une solution définitive.

D'une part, la législature de France est appelée à se prononcer par le projet de loi qu'a préparé la commission instituée pour la réforme de la législation de ce pays sur les ventes judiciaires d'immeubles (1). Cette commission, tout en conservant l'ensemble de la procédure actuelle de saisie immobilière, avec quelques modifications et améliorations, a pensé que le pacte dit *voie parée* ou *mandat in rem suam* ne pouvait être validé (2), et elle a proposé même de le prohiber *expressément*. (Art. 743 du projet.)

(1) Les membres de la commission étaient MM. Parent, sous-secrétaire d'État, Tripier, Vincens Saint-Laurent, conseillers à la cour de cassation, Tarbé, Hébert, Pascalis, avocats généraux à la même cour, Amilhau, de Gelbéry, de Belleyme, Goupil de Préfeln, magistrats et députés, Quenault, Dumont, conseillers d'État, députés, Delahaye et Durantin, magistrats, Teste, Dalloz, Laville, députés, Armand, secrétaire.

(2) Cette doctrine, même d'après la législation actuelle, a été professée par MM. Merlin (*Quest. de droit*, v° *Expropriat. forcée*, § 8), Bus (*Rép. de M. Favard*, *eod. v°* § 1, n. 4), Persil (*Quest. hypothécaires*, t. 2, p. 302), Duranton, *Cours de droit civil*, t. 18, n. 567, Boixo (*Contrôleur de l'enregistrement*, 1827, p. 288), Lefebvre (*Rép. du notariat*, v° *Exprop. forcée*, n. 9), et par les auteurs du *Dictionnaire du notariat* (3ᵉ édit., v° *Hypothèques*, n. 107, et *Saisie immobilière*, n. 8), elle a été développée par M. Adolphe Chauveau, J. A., t. 47, p. 518 et suiv., et t. 50, p. 257 et suiv., puis par les rédacteurs du *Journ. de Procéd.*, t. 1, p. 7, enfin par M. Bellot Desminières, dans une brochure ayant pour titre *Contrat appelé*

D'autre part, la cour de cassation, chambre civile, statuera prochainement sur quatre pourvois qui présentent la question sous plusieurs faces : M. le procureur général Dupin doit porter lui-même la parole ; et la jurisprudence, qui est loin d'être fixée déjà, quoi qu'on en ait dit (1), le sera sans doute par le résultat de ces pourvois opposés. Le premier, dans l'ordre des dates, attaque un arrêt qui a déclaré contraire à l'ordre public le pacte en question et annulé la vente, quoique le mandat donné au prêteur n'eût *pas été révoqué* (2). Le deuxième et le quatrième sont dirigés contre deux arrêts qui ont validé la stipulation et la vente, quoiqu'il y eût eu *révocation du mandat et opposition à la vente*, de la part du débiteur (3). Le troisième attaque un arrêt qui a maintenu

voie parée. *V.* aussi dans le *Journ. des Av.*, t. 52, p. 646 et suiv., une consultation de MM. Lemerle et Waldeck-Rousseau.

La thèse contraire a été soutenue, mais diversement et avec certains tempéraments plus ou moins contradictoires, par MM. Delvincourt, *Cours de droit civil*, t. 3, p. 445 ; Malleville, sur l'art. 2088 c. civ. ; Carré, sur l'art. 673, code de proc. civ. ; Thomine-Desmazures, sur l'art. 747 ; Dalloz, A., v° *Nantissement*, sect. 6, art. 1er, n. 6 ; Rolland de Villargues et Scholl, *Jurisp. du notariat*, t. 6, art. 785, et t. 6, art. 2147 et 2358 ; Augan, *Cours du notariat*, p. 676 et suiv. ; Troplong, *De la vente*, t. 1er, n. 77, et *Des hypothèques*, t. 3, n. 795 ; Duvergier, *Traité de la vente*, n. 120. *V.* aussi dans le recueil de Sirey, 1813, 2. 80, une consultation de cet avocat, et 1832, 2, 311, l'extrait d'une consultation de MM. Ravez, Duranteau, Brochon et de Saget ; enfin dans le *Journ. des notaires* les n. 8762, 8820, 8908 et 9206, où se trouve une consultation délibérée par MM. Ph. Dupin, Sarquin, Odilon Barrot, Bennequin, Duvergier, Giel et Baillrot.

(1) M. Scholl, dans sa dissertation, *Jurisp. du notariat*, t. 6, art. 2147, et M. Duvergier, dans son *Traité de la vente*, n. 120, supposent que la jurisprudence est fixée dans le sens de la validité de la stipulation, et cela par de nombreux arrêts. Outre que jusqu'ici la cour de cassation n'avait pas encore été appelée à se prononcer sur la question, on doit remarquer que presque tous les arrêts qui ont validé la clause émanent de cours royales dont la jurisprudence a été déterminée soit par le ressouvenir de quelques dispositions insolites du droit romain, soit par leur tendance à mobiliser autant que possible les propriétés foncières. Voici le tableau des arrêts divers sur la question.

Pour la validité de la clause, mais par des motifs et avec des effets différents : Bruxelles, 26 germinal an XI ; Bordeaux, 3 juin 1809, 2 juin 1827, 28 avril et 29 juin 1830, 12 et 18 août, 23 novembre et 23 décembre 1831, 15 février, 4 juin et 21 décembre 1832, 3 mai et 26 novembre 1834, 10 février 1835, 24 mai 1837 et 21 décembre 1838 ; Trèves, 10 avril 1812 ; Pau, 6 juillet 1820, 27 juillet 1837, 22 décembre 1830 et 6 août 1836 ; Douai, 17 juillet 1830 et *infra* ; Amiens, 15 décembre 1838 ; Poitiers, 8 mars 1839 ; Paris, 17 mars 1834 ; Aix, 18 juillet 1837 ; Rennes et Toulouse, *infra*.

Contre : Bruxelles, 7 floréal an IX ; Liége, 8 décembre 1808 ; Bourges, 8 fév. 1810 et 29 mai 1837 ; Turin, 21 juillet 1812 ; tribunal de la Seine, 20 janvier 1835 ; Lyon, *infra*.

(2) Lyon, 2 décembre 1835 (J. A., t. 50, p. 264). *V.* les observations de M. Mestadier, conseiller rapporteur, et les conclusions de M. le conseiller Viger, faisant fonctions d'avocat général, lors de la discussion de ce pourvoi devant la chambre des requêtes.

(3) Rennes, 2 février 1837 (J. A., t. 52, p. 342), et Douai, 30 janvier 1839.

la vente, quoique, par le décès du débiteur, les propriétaires actuels fussent *mineurs* (1).

Appelé à soutenir deux des trois pourvois qui présentent la thèse que nous avions embrassée avec la plus entière conviction, qu'il nous soit permis d'indiquer ici les raisons de droit et de justice qui nous semblent devoir être décisives pour la cour de cassation et pour la législature elle-même.

A notre avis, la stipulation dite *voie parée*, dès qu'elle substitue au mode d'expropriation organisé par la loi des formes arbitraires, et quelles que soient les prétendues garanties conservées au débiteur, est illicite, en ce que surtout c'est une *dérogation* à des dispositions de loi qui *intéressent l'ordre public*. La base légale de notre thèse est dans la disposition fondamentale de l'art. 6 C. C.; et si les autres textes que nous invoquerons ne contiennent point une prohibition *expresse et directe* de la clause en question, leurs motifs du moins concourront à démontrer que tout pacte de cette nature est antipathique à nos lois positives comme aux principes qui les dominent.

Les formes suivant lesquelles est permise l'exécution forcée des engagements du débiteur sur ses immeubles ne tiennent-elles pas évidemment à l'ordre public? « Elles sont fondées, a dit avec raison M. Hua, d'une part, sur la *volonté de la loi* de laisser au débiteur le temps nécessaire pour user de toutes ses ressources, afin d'éviter la dure extrémité de subir l'expropriation forcée; d'autre part, sur la *nécessité* d'environner la vente d'une grande publicité et de délais suffisants pour que l'on ait la certitude morale que l'immeuble sera porté à toute sa valeur. » Ajoutons que la loi a *dû* et voulu aussi garantir les *droits* que des tiers pourraient avoir, soit sur le prix de vente, soit sur le fonds même. Or, une loi est d'ordre public « si elle s'est proposé un *but utile*, et que, par la nature de son objet, la dérogation, une fois permise, dût tellement se renouveler, que la loi probablement ne serait jamais appliquée », de même « si elle n'intéresse pas seulement ceux qui contractent, si elle pourvoit aussi à *l'intérêt des tiers*. » (Merlin, *Rép.*, v° *Dérogation*, n° 2; Dalloz, v° *Loi*, sect. 6, n° 5.)

(1) Toulouse, 5 mai, 1857. (J. A. 52, p. 339.)

Aussi les rédacteurs du *Journal des Notaires*, qui veulent aujourd'hui substituer à la loi sur la saisie immobilière leur pacte de *voie parée*, avaient-ils eux-mêmes, dans le *Dictionnaire du Notariat*, v° *Hypothèque*, n° 197, soutenu qu'elle ne permettait aucune dérogation. « *Il n'appartient pas*, disaient-ils, *à des particuliers de troubler cet ordre public.* »

Cette proposition, cependant, est niée par M. Rolland de Villargues principalement, quoiqu'il reconnaisse que, sans les formes légales, le créancier pourrait s'approprier à vil prix, par lui-même ou par personne interposée, le bien affecté de la clause de *voie parée*, qui offre, de son aveu, de *graves inconvénients*; car, dit-il, « on ne sait que trop qu'un débiteur aux prises avec le besoin donne les mains à toutes les conditions que veut lui faire un prêteur de fonds, qui souvent convoite dès l'instant de l'acte les immeubles pris en gage. » Pourquoi donc soutient-il la légalité d'un mode si désastreux d'expropriation? La raison décisive, pour cet auteur comme pour ceux qui ont appuyé sa thèse, c'est que *la loi ne le prohibe pas*; et on invoque la *liberté des conventions*. Mais nous avons une disposition *prohibitive* dans l'art. 6 C. C., qui sans doute signifie quelque chose indépendamment d'un texte spécial pour chaque cas particulier; et pour prouver que cette disposition réprouve le pacte de *voie parée*, il nous suffit de démontrer que la loi qui soumet à certaines formes la vente forcée des immeubles intéresse réellement l'ordre public, ce qui nous paraît vrai sous le double rapport des garanties qu'elle assure à la propriété foncière et du caractère qui appartient à une loi de procédure protégeant tous les droits et intérêts.

Dans toute société constituée, le droit de propriété, si essentiel au maintien de l'ordre social, doit être entouré de garanties conservatrices; car, ainsi que l'a dit l'auteur des *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*, M. Ch. Giraud, le but principal des sociétés a été de garantir la *sûreté des propriétés*. La propriété immobilière surtout, fondement principal d'un État florissant par sa richesse territoriale, doit être efficacement protégée contre tout acte qui tendrait à déposséder le légitime propriétaire sans son consentement, ou sans nécessité *régulièrement* constatée. Ce principe, qui est le *palladium* de la propriété, suivant l'expression de Mon-

tesquieu (*de l'Esprit des lois*), on en trouve l'application la plus frappante dans notre constitution même et dans la loi qui soumet à des *formes* tutélaires l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Si le *consentement*, essentiel à tout acte d'aliénation volontaire, doit être intelligent et exempt de toute contrainte, c'est surtout par rapport à la propriété foncière dont la conservation et la transmission régulière intéressent si directement l'État. A cet égard, la *tutelle* de la loi n'est pas seulement pour les mineurs, auxquels est interdit tout pacte pouvant affecter leur propriété, alors même qu'ils sont émancipés, par cela qu'ils sont réputés n'avoir pas l'intelligence relativement nécessaire. La sollicitude du législateur s'étend aussi sur les majeurs, dont la capacité à l'effet de se dépouiller est plus ou moins restreinte par la loi, selon l'importance et les effets du contrat, en considération des motifs impulsifs. Aussi, de tout temps, le législateur a-t-il protégé les majeurs mêmes contre des engagements inconsidérés dont le résultat serait une dépossession.

Pourquoi, au cas de vente volontaire, malgré le consentement exprès du propriétaire, et en l'absence de tout dol prouvé, l'action en rescision pour lésion a-t-elle été créée par le législateur qui comprenait le mieux les besoins de la civilisation? *Humanum est*, disait Justinien (L. 2, C. *de rescind. vend.*). Et pourquoi notre Code civil (art. 1674) frappe-t-il expressément de nullité toute renonciation anticipée à cette action? « Un majeur qui sort de la minorité, a dit l'illustre Portalis au conseil d'Etat, surtout depuis qu'elle finit à vingt et un ans, n'a pas encore atteint l'époque de la raison. Un majeur n'est pas toujours présent; il est obligé de donner des procurations, même générales; son mandataire est trompé, quelquefois le trompe. Lorsqu'un citoyen s'est trouvé dans des circonstances telles que, s'il eût connu toute l'étendue de la lésion, il n'eût pas souscrit le contrat, *on ne peut pas dire qu'il ait consenti*; car personne ne consent spontanément à d'aussi grandes pertes» ... « La loi de la rescision, s'est écrié le premier consul, est une loi de mœurs qui a pour objet le territoire. *La manière dont un individu dispose de sa propriété territoriale n'est pas indifférente à la société.* C'est à elle qu'il appartient de donner des règles et des bornes au droit de disposer... Peut-il être dans les *principes de la*

justice civile de sanctionner un acte par lequel un individu sacrifie, dans un moment de folie, l'héritage de ses pères et le patrimoine de ses enfants à l'emportement de sa passion ! S'il a cédé au besoin, pourquoi la loi ne prendrait-elle pas la défense du pauvre opprimé contre l'homme riche qui, pour le dépouiller, abuse de l'occasion et de sa fortune (1)! » Voilà des motifs d'ordre public assurément. Le législateur en aurait-il refusé l'application à l'individu qui, pressé d'avoir de l'argent, consent à un mode arbitraire d'expropriation dont il croit aveuglément pouvoir éviter l'exécution ! — Le Code civil (art. 887 et 888) admet aussi la rescision pour lésion dans les partages, sans toutefois prohiber expressément toute renonciation anticipée à cette action Les motifs de la loi et le principe écrit dans l'art. 6 ne suffiraient-ils pas pour faire annuler une pareille renonciation?

Par quel motif la loi, de tout temps, a-t-elle défendu, soit virtuellement, soit expressément (Bartole, sur la l. 58, ff. *de legat.*, C. C. 2220), de renoncer d'avance à la prescription? C'est qu'elle a considéré que si ce moyen tutélaire était laissé à l'arbitraire des conventions, la renonciation serait souvent *imposée* par l'un des contractants; *la faiblesse des particuliers* désarmerait la société, suivant l'expression de M. Troplong (2). — Le même motif, assurément, ferait annuler la renonciation conventionnelle au droit de demander la péremption d'instance en cas de procès, quoique la prohibition ne se trouve pas écrite dans la disposition spéciale de la loi (C. P. C. 357). Ce serait encore une application du principe général proclamé par l'art. 6 C. C.

Pourquoi la loi prohibe-t-elle aussi toute renonciation anticipée à une succession (C. C. 791 et 1130), au droit de demander la révocation d'une donation pour survenance d'enfants (965), toute ratification avant le décès du donateur par les héritiers présomptifs (1340)? Son principal motif est qu'une stipulation de cette nature, dépouillant à l'avance celui qui la souscrit d'un droit ou d'une garantie que la loi lui promet, n'émane pas d'une volonté entièrement libre et indépendante.

Quel motif a dicté les dispositions de loi et les arrêts, tant anciens que modernes, qui n'ont pas permis à la femme ma-

(1) Fenet, t. XIV, p. 49, 57 et 58.
(2) *De la prescription*, t. 1, n. 43

riée sous le régime dotal d'hypothéquer ses immeubles quoiqu'elle pût les aliéner? *Ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam*, ont dit la loi *Julia*, Justinien et les meilleurs interprètes du droit romain. « Le législateur, dit l'arrêt solennel du 29 mai 1838, par une juste interprétation de l'art. 1557 C. C., a pu craindre qu'elle se prêtât plus facilement à une affectation hypothécaire, qui n'offre qu'un danger éloigné et douteux, qu'à une aliénation qui opérerait sa dépossession actuelle et immédiate. » Ici encore, malgré la majorité acquise, et alors même que l'influence du mari n'est plus à craindre, le consentement est frappé d'impuissance relative : *Lex arctius prohibet quod facilius fieri potest.*

Pourquoi le *pacte commissoire*, qui rendait le créancier maître du gage, à défaut de payement, a-t-il été si énergiquement proscrit par Constantin et Justinien (L. 3. C. *de pactis pign.*)? c'est parce que l'expérience a prouvé que l'emprunteur réduit à la nécessité d'engager son bien avait besoin d'être efficacement garanti contre les exigences du prêteur de fonds.

Pourquoi la jurisprudence a-t-elle annulé constamment toute convention dans laquelle elle reconnaissait les éléments du *contrat pignoratif*, à savoir : vente fictive du fonds, faculté de rachat, rétention de possession sous l'apparence d'un louage, et vilité du prix de vente en comparaison du loyer fictif? c'est que là encore on voyait que le consentement de l'emprunteur avait été arraché par la nécessité.

Le Code civil, art. 2078 et 2088, prohibe aussi, incontestablement, toute clause en vertu de laquelle le créancier gagiste ou antichrésiste aurait, à défaut du payement de la dette à l'échéance, soit la propriété, soit la disposition de l'objet engagé. Par quel motif? Il a été indiqué dans la discussion au Tribunat et proclamé énergiquement dans l'exposé au Corps législatif : « *La loi*, a dit M. Berlier, *doit veiller à ce que les intérêts du débiteur ne soient point sacrifiés*... Les motifs de cette disposition sont faciles à saisir : *le créancier fait la loi à son débiteur* (1). » C'est donc que le législateur, appréciant la gêne qui empêche l'emprunteur de débattre les conditions qu'on lui impose, vient au secours de sa faiblesse et le protége contre un engagement funeste. — Et si, comme

(1) Locré, t. XVI, p. 15

cela paraît résulter du texte même de l'art. 2078, le créancier ne peut vendre le gage mobilier sans que la *justice* l'ait *ordonné* sur sa demande, qu'elle que fût la convention, comment nier que l'intervention de la justice soit également exigée, pour le gage immobilier, par les expressions mêmes de l'art. 2088 qui, après avoir renouvelé la prohibition de l'art. 2078, trace au créancier la marche à suivre, en disant : *Il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales.*

On conteste l'applicabilité de ces deux dispositions au contrat de prêt conférant, au lieu du droit d'antichrèse, un simple droit d'hypothèque avec la clause de *voie parée*; comme s'il n'y avait pas tout au moins analogie, ce qui suffit en matière civile : *ubi eadem ratio, idem jus.*

Qu'importe, au reste, cette difficulté de textes, dans laquelle peut-être on a concentré jusqu'ici notre question? L'esprit de notre loi civile n'est-il pas assez connu? La pensée du législateur ne s'est-elle pas suffisamment manifestée toutes les fois qu'il a vu un propriétaire aux prises avec le besoin d'argent? Si la loi, dans un intérêt social, a dû poser des limites tutélaires au droit de disposition des biens-fonds, si elle a dû veiller avec une sollicitude toute particulière aux droits de celui qui aliène ou engage sa propriété, alors même qu'il y a dépossession immédiate qui ne permet guère d'ignorer les effets du contrat, ne devait-elle pas, à plus forte raison, par le motif même qui a fait interdire l'hypothèque au cas où la vente était permise, entourer de garanties l'emprunteur dont l'obligation qu'il contracte avec l'espoir d'échapper à une dépossession autorisera le créancier à l'exproprier à défaut de payement exact? Ces garanties se trouvent dans une loi conçue, suivant l'expression de M. Grenier (1), *en vue des égards dus au malheur et de la protection pour la propriété.* Comment penser que le législateur en ait autorisé la répudiation anticipée?

Mais c'est surtout comme *loi de procédure*, protégeant les droits de tous, créancier, débiteur et tiers intéressés, que la loi sur l'expropriation forcée est éminemment une loi d'ordre public, ne comportant aucune dérogation.

Les formes de procédure, effectivement, sont d'ordre pu-

(1) *Traité des Hypothèques*, t. II, p. 415

blic au plus haut degré; car elles ont pour but et pour effet, en assurant au poursuivant la justice qui lui est due, de donner la latitude nécessaire à une légitime défense, d'empêcher l'arbitraire, de garantir la propriété, la liberté, le repos des familles. Et comme l'a dit Montesquieu, « il y a toujours trop de formalités si l'on consulte le plaideur de mauvaise foi qu'elles gênent; il y en a toujours trop peu si l'on consulte l'honnête homme qu'elles protégent. Leur multiplicité, leurs lenteurs, les frais qu'elles occasionnent, sont comme le prix que chacun donne pour la liberté de sa personne et pour la sûreté de ses biens. » Aussi M. Henrion de Pensey cite-t-il comme exemple des *mesures d'ordre public* les lois relatives aux *formes de la procédure* et spécialement les formalités exigées pour la validité des *assignations* (1), ce qui doit s'entendre de tout acte de poursuite ayant pour but d'obtenir par la puissance de la justice l'exécution d'une obligation.

N'annulerait-on pas, comme dérogeant à des lois d'ordre public, et quoiqu'il n'y ait d'autre texte prohibitif que l'art. 6 C. C., une stipulation, insérée même dans la convention la plus favorable, d'après laquelle, en cas de procès et sans arbitrage dans les termes de la loi, les parties paraîtraient devant la justice sans tentative préalable de conciliation, ou sans assignation, ou bien procéderaient selon des formes autres que celles établies par la loi pour les litiges de la nature du leur?

Si les lois de procédure en général sont d'ordre public, ce caractère appartient surtout à celles qui règlent l'exécution *forcée* des obligations sur la personne ou les biens.

Supposons qu'un débiteur soumis à la contrainte par corps dispense expressément son créancier de quelques-unes des formalités réglées par la loi pour l'exercice de cette contrainte; une pareille stipulation ne serait-elle pas déclarée nulle? Incontestablement. Par quel motif? Ce ne serait pas parce qu'il y aurait aliénation de la liberté, puisque la contrainte par corps est autorisée par la loi même, dans les cas prévus. Ce serait donc parce que les garanties dont la loi de procédure entoure la personne et les biens ne peuvent être répudiées par celui au secours duquel la loi intervient. La prohibition

(1) *Traité des biens communaux*, ch. XII, § 12

se trouverait dans le principe de l'art. 6 C. C., en l'absence de tout texte spécial.

Serait-il permis au prêteur de stipuler qu'à défaut de payement il pourra faire saisir et vendre, autrement que suivant les formes de la saisie exécution, les meubles de son débiteur restés en la possession de celui-ci? La loi ne le défend pas *expressément*, puisque l'art. 2078, le seul qui ait trait à la question ne s'applique qu'au gage. Et cependant une telle stipulation serait assurément annulée par les tribunaux. Sur quel fondement? En vertu du principe proclamé une fois pour toutes dans l'art. 6 C. C., et d'après le caractère qui appartient à une loi réglant le mode d'exécution forcée des engagements du débiteur sur ses biens.

La loi sur l'expropriation forcée serait-elle donc moins importante, moins impérieuse dans ses prescriptions et prohibitions, que toute autre loi de procédure?

La poursuite du créancier n'est pas toujours fondée à tous égards: la dette peut n'etre pas encore exigible; il peut y avoir des conditions suspensives, des imputations ou compensations à débattre, des exceptions à opposer telles que prescription, bénéfice de discussion, etc. Les biens que le créancier veut faire vendre peuvent être actuellement insaisissables pour cause de dotalité, de minorité, d'interdiction, ou encore parce que le revenu net d'une année suffirait au payement intégral. Alors la résistance du débiteur ou de ses représentants légaux pourra se justifier, constituera tout au moins un litige appelant une décision judiciaire.

Des tiers peuvent avoir à prétendre certains droits réels; les biens affectés peuvent être indivis; la propriété du débiteur peut être contestable: les ayants droit doivent être admis soit à réclamer un partage préalable, soit à demander une distraction. Le débiteur peut avoir d'autres créanciers intéressés à surveiller la vente, pour avoir part à la distribution du prix. Plusieurs saisies peuvent avoir eu lieu vers la même époque, il peut y avoir à vider des questions de priorité, de réunion, etc. Tout cela devait être prévu et l'a été dans la loi sur la saisie immobilière. Comment procéder autrement?

A part même tout litige à vider, la loi, qui a bien conféré au juge (1244) le pouvoir d'accorder au débiteur un delai de grâce (faveur dont la répudiation, si elle était imposée dans un contrat de prêt ordinaire, serait nulle sans doute, pou-

vait assurément soumettre l'expropriation à des délais qui donnassent au débiteur le temps de réaliser sa libération (1), comme à des formes qui lui fournissent ainsi qu'aux tiers intéressés les garanties les plus efficaces. « La propriété des immeubles étant importante, a dit Bourjon (2), il ne faut pas en dépouiller le propriétaire *promptement, tumultuairement ;* au contraire, il faut *publicité et délais.* » C'est aussi ce qu'a proclamé l'orateur du Tribunat lors de la présentation, au corps législatif, des dispositions du Code civil sur l'expropriation forcée, en déclarant « *qu'il faut prévenir des excès de rigueur de la part des créanciers,* aigris peut-être par la mauvaise conduite de leurs débiteurs ou égarés par des conseils intéressés (3), » puis, en posant en principe, relativement aux formes pour lesquelles le Code civil renvoie au Code de procédure, que *le débiteur doit être mis en demeure,* qu'il doit être *légalement averti de la poursuite pour pouvoir ou la prévenir ou la repousser,* et que *la justice doit intervenir* pour le contraindre à acquitter sa dette par l'aliénation de ses biens (4). C'est encore ce qu'a rappelé l'organe du vœu du Tribunat pour l'adoption du projet sur la saisie immobilière, en disant : « Le Code civil a préjugé la *nécessité d'un jugement d'adjudication précédé d'une procédure en expropriation, faite de l'autorité des tribunaux,* avec affiches et enchères (5). » C'est enfin ce qu'a observé avec un soin si scrupuleux notre loi actuelle, dont les dispositions fondamentales veulent, quant au débiteur, qu'il y ait publicité, délais et sanction de la justice; quant aux créanciers hypothécaires, qu'ils soient individuellement avertis, et quant à tous intéressés, qu'ils soient admis à faire valoir leurs droits.

On ose dire ouvertement que cette loi est mauvaise, qu'il est raisonnable que les particuliers cherchent à s'y soustraire (6).

La plupart des critiques prodiguées à cette partie de notre législation ont sans doute leur source dans le désir du bien.

(1) Dans ce sens : Delvincourt, t. II, p. 556, Carré, sur l'art. 124, Code de proc. civ., *Diction. du Notar.*, v° *Payement*, n° 116, *Dict. de proc.*, v° *Délai*, n° 40. Le pouvoir du juge, en pareil cas, a été contesté par M. Toullier (t. VI, n° 658), qui se fonde sur la discussion au conseil d'État, mais il faut remarquer que cette discussion portait uniquement sur le point de savoir si le juge pourrait diviser le payement malgré stipulation contraire, ce qui tient à d'autres principes.
(2) *Droit commun de la France*, t. II, p. 171.
(3) Locré, t. XVI, p. 495, n. 1.
(4) *Ibid.* p. 500, n°s 3, 510 et 511, n° 14.
(5) *Ibid.*, t. XXII, p. 634.
(6) *Journal des Notaires*, t. L, p. 120.

Mais sont-elles toutes éclairées par une connaissance exacte des difficultés de la matiere?

« De toutes les branches de la législation, disait M. Grenier en présentant au Corps législatif le vœu d'adoption émis par le Tribunat (1), celle de l'expropriation forcée est, sans contredit, la plus épineuse; le législateur qui entreprend de l'organiser entre dans une arène où luttent toutes les passions. Le seul triomphe qu'il puisse obtenir est la diminution des abus, mais la possibilité de les extirper tous est une chimére; en sorte que l'idée qu'un mode de procédure devait être rejeté parce qu'il ne présenterait pas certainement ce dernier avantage, serait un faux calcul qu'on ne pourrait regarder que comme le résultat de l'inexpérience ou le trait d'un critique injuste. »

Dans son exposé des motifs au Corps législatif (2), aprés voir signalé les vices de l'ancienne procédure, M. Réal disait : « Trop frappés des abus et des inconvénients enfantés par ces formalités bizarres, multipliées, les législateurs de l'an VII donnèrent dans l'extrême opposé, et par eux la procédure fut simplifiée à cet excès, que le propriétaire pouvait être aussi facilement dépouillé d'un domaine que d'un meuble. Avec les meilleures intentions, ils n'ont pas assez senti que, s'il faut briser les entraves qui paralysent l'action de la justice, *il ne faut pas se priver des formes tutélaires qui défendent la propriété contre la surprise;* que toutes les saisies ne sont pas également bien fondées, et que le propriétaire injustement poursuivi *doit* obtenir de la loi le temps nécessaire pour démontrer la nullité ou l'inefficacité du titre qu'on lui oppose; *qu'il faut* qu'il trouve dans des délais sagement ménagés un temps raisonnable pendant lequel, s'il doit, il pourra user de ses ressources pour empêcher par un payement une expropriation qui le ruinerait. Enfin, dans la rédaction de l'an VII, on ne s'est point occupé des *tiers*, propriétaires, créanciers, ou ayant des droits quelconques sur le bien saisi, et *leur intérêt a été sacrifié au désir d'une simplication exagérée*. Nous marchions entre ces deux écueils, nous les avons évités, et, dans le système que nous vous présentons, nous croyons avoir, *autant que possible, concilié tous les intérêts en évitant tous les excès.* »

(1) Locré, t. XXII, p. 654.
(2) *Ibid.*, p. 588.

Ceux qui nient cette vérité, qui veulent une réforme radicale, oublient sans doute qu'il est plus aisé de détruire que d'édifier, et que souvent le mieux est l'ennemi du bien. Peut-être l'expérience de trente années commande-t-elle la suppression de quelques formalités secondaires, l'abréviation de quelques délais. Nous admettrons même, avec M. le procureur général Dupin (1), que les capitalistes ne trouvent pas assez de sûreté et d'avantages dans le prêt sur hypothèque, ce qui tient surtout aux imperfections d'une législation qui dispense de publicité la vente, la constitution de droits réels, certains priviléges, et les hypothèques légales (2). Mais, dans l'État de notre législation hypothécaire, même avec les améliorations aujourd'hui projetées, le *principe* de la loi actuelle sur l'expropriation forcée est encore le meilleur qu'on puisse réaliser.

Dans les pays voisins qui ont reçu nos lois, tels que le canton de Genève, la Savoie et le Piémont, la Bavière, la Hesse et la Prusse rhénanes, le royaume des Pays-Bas, notre loi sur la saisie immobilière, depuis leur séparation, a été mise en discussion plusieurs fois. Qu'en est-il résulté? le maintien des dispositions fondamentales de cette loi, et seulement quelques légères modifications. Quelles formalités a-t-on supprimées? Là, certains *visa* et copies, soit du titre, soit de quelques actes; ici, l'indication de la contribution foncière, l'enregistrement au greffe, une de trois affiches et insertions, et l'adjudication préparatoire, dont nous reconnaissons l'inutilité. Encore, quelques-uns de ces États voisins ont-ils, par contre, exigé des publications à son de trompe ou de tambour. Et s'il en est où quelques autres formalités primitives n'existent plus, c'est qu'elles sont non pas supprimées, mais autrement organisées, de manière à satisfaire toujours au principe fondamental de la loi, qui se résume dans ces mots : publicité, délais, surveillance des tribunaux, et respect pour tous les droits (3).

(1) Discours prononcé en 1833 à l'audience solennelle de rentrée, et discussion à la chambre des députés en 1836.

(2) Voy. dans la *Gazette des Tribunaux* du 17 octobre 1830, les observations de M. Mengalvy, sur la *Réforme du système hypothécaire*.

(3) Voici un tableau succinct des principales formalités requises à peine de nullité, dans ces États voisins, par la législation nouvelle :

CANTON DE GENÈVE. Loi du 20 septembre 1810, art. 544 à 631, réglant *l'exécution forcée sur les immeubles.*

Commandement, avec indication des immeubles dont le créancier entend provo-

Quelles sont donc, dans notre loi sur la saisie immobilière, les dispositions principales dont la suppression soit si

quer la vente *saisie* au moyen de placards *dressés par l'avoué* poursuivant, lesquels contiendront toutes les indications exigées en France dans le cahier des charges, et *sommation* à tous ceux qui prétendraient avoir des *droits réels* de faire les inscriptions, oppositions ou productions requises par la loi hypothécaire pour conserver ces droits, impression et *affiche* des placards, *dépôts* à la mairie, au parquet, au greffe, et au bureau des hypothèques pour l'*enregistrement* et la *transcription* de la saisie, *notifications* au débiteur, au tiers détenteur et aux créanciers inscrits; *publications* à son de trompe ou de tambour, nouvelle *apposition* de placards et *publication* de la vente avec indication des jour, lieu et heure, *insertions réitérées* dans une feuille publique. *Intervalle de dix huit semaines au moins* et vingt-quatre au plus entre la saisie et l'adjudication. Les demandes en nullité ou en distraction et toutes autres contestations sont proposées par un dire au greffe. Le tribunal peut proroger les délais. L'adjudication a nécessairement lieu à l'audience du tribunal de la situation.

Bavière rhénane. Loi du 1er juin 1822.

Commandement avec élection de domicile chez un *avoué*; *trente jours* après *requête* au tribunal, *jugement* qui, à moins de contestation, commet un notaire pour remplir les formalités de la saisie et procéder à la vente, sur le lieu même de la situation, dans *trois mois au moins* et quatre au plus. *Extrait du cadastre* par le notaire commis, avec le concours de l'*officier municipal*, *examen des titres* de propriété et des charges réelles, *procès verbal* contenant notamment une désignation exacte des biens, les conditions de la vente, la mise à prix, et *sommation* au débiteur, aux créanciers et autres intéressés, *affiche* de ce procès verbal, lequel vaudra saisie, puis *signification* au débiteur, aux créanciers, etc. *Insertions* et *annonces* réitérées dans les journaux, *publications* aux lieux de la situation dans la forme usitée; enfin, après l'observation de ces formalités et de quelques autres, toutes séparées par des délais de rigueur, adjudication par le notaire *commis*, qui doit donner *lecture du jugement* d'où il tient sa *délégation*. En vue des incidents, demandes en subrogation, en nullité ou en distraction qui peuvent survenir après le jugement, cette loi contient des dispositions de procédure analogues à celles de notre Code, appropriées au mode mixte de poursuite qu'elle introduit.

Sardaigne. Édit du 16 juillet 1822.

Cet édit, qui embrasse les priviléges et hypothèques, comme la vente judiciaire des immeubles, autorise le créancier, lorsque l'immeuble est aux mains du débiteur, à *demander*, trente jours après le commandement, qu'il lui soit *adjugé par justice*, suivant estimation, à la charge par lui de *payer les créanciers* antérieurement inscrits, en réservant au débiteur le droit, dans l'année de l'adjudication, de *racheter* le bien ou de le *faire vendre* aux enchères. C'est là un mode de dépossession avec lequel il a fallu coordonner tout le système hypothécaire. — Lorsqu'il y a lieu à expropriation véritable, l'édit veut un *commandement trente jours avant la saisie*, une *requête par avoué* au tribunal avec certaines désignations et productions, un *cahier de charges*, les *notifications*, *publications*, *affiches*, *significations*, *insertions*, etc., qui équivalent aux formalités exigées par notre code, et encore une *adjudication préparatoire*. Pour les incidents, demandes en nullité, en distraction, etc., les formes et les délais sont aussi à peu près les mêmes.

Prusse rhénane. Ordonnance du 1er août 1822.

Commandement, précédant de *trente jours* la saisie. Requête au juge de paix de la situation, du titre, du commandement, d'une description des biens, d'un extrait du rôle de la contribution foncière, d'un extrait des registres hypothécaires, enfin des conditions de la vente. *Procès verbal*, par le juge de paix, ordonnant 1° la *saisie*, 2° la *transcription* aux hypothèques, 3° les *significations* à faire au débiteur, ce procès verbal *vaut saisie*. Dispositions conformes aux art. 686 à 694 de notre

urgente, qu'en attendant il faille les laisser réformer par des législateurs au petit pied? Une révision est projetée; sur quoi

code. Rédaction du *cahier des charges* par le juge de paix, *impression*, *affiches* et *insertions*, *signification* du cahier des charges *au débiteur* et à chacun des *créanciers* inscrits, adjudication, après deux, trois ou quatre mois des affiches, selon le taux de la contribution foncière. L'adjudication a lieu à *l'audience du juge de paix* s'il a été *délégué* par le tribunal, ou à celle du *tribunal* s'il a commis un de ses membres. Les *exceptions* proposées par les créanciers contre les conditions de la vente sont jugées par le magistrat qui doit y procéder, mais les *exceptions de forme*, demandes en *nullité* ou en *distraction* ne peuvent être jugées que par le *tribunal*.

Hesse rhénane. Loi du 24 juillet 1830.
Commandement précédant la saisie de *trente jours* ou moins, et valant un an; *procès verbal* de saisie, conforme à nos art. 675 et 676, sauf l'extrait du rôle de la contribution foncière; *transcription*, au bureau des hypothèques, conformément à nos art. 677, 678 et 679, *dénonciation* au débiteur dans la quinzaine, laquelle doit être *mentionnée* en marge de la transcription, remise au juge de paix du *cahier des charges*, qui doit être *publié*; signification aux créanciers inscrits à la demeure du débiteur et au procureur du roi d'un acte contenant *notification détaillée des poursuites*, *enregistrement* de cette notification en marge de la transcription, *publications nouvelles*, *insertions* dans un journal, *affiches* aux places publiques, *signification* du tout au débiteur. Dispositions conformes à nos art. 688 à 694. Toutes les formalités doivent être *séparées* par des *intervalles de quinze jours*, un mois et *même deux*. L'adjudication peut être différée par le juge. Elle a lieu devant le juge de paix de la situation, à moins que le tribunal n'en ait autrement ordonné. Les dispositions de notre code sur les incidents, demandes en *subrogation*, en nullité, en distraction, sont maintenues la plupart, quelques-unes seulement modifiées de manière à simplifier un peu plus les formes et éviter quelques lenteurs.

Pays-Bas. Code de procédure rendu exécutoire le 1er octobre 1838.
Commandement trente jours avant la saisie; *procès-verbal* de saisie; *signification* au débiteur et *transcription* au bureau des hypothèques; affiches dans les vingt jours de la transcription; *dépôt*, au greffe, d'un extrait des registres hypothécaires, impression, *signification* et affiches d'un placard; *dépôt*, au greffe, du placard et des conditions de la vente; *double apposition de placards* après quinzaine; *insertions* dans les journaux, trente jours après, *adjudication devant le tribunal* de la situation des biens. Enfin dispositions analogues à celles de notre Code quant aux *nullités*, incidents, demandes en distraction, etc.

De tous ces États voisins, un seul, celui des Pays-Bas, dont la législation actuelle est calquée en grande partie sur le droit romain, et où l'antichrèse est usitée, admet la clause de *voie parée*, au profit du *premier créancier* hypothécaire (Code de proc., art. 1223) comme créancier gagiste (art. 1201 et 1202), en vue surtout des *parcelles de terre*, dont l'expropriation dans les formes ordinaires serait trop dispendieuse, et des valeurs sujettes à de grandes variations de prix, telles que les fonds publics. Mais la loi même qui a autorisé ce mode particulier d'expropriation l'a soumis à des conditions et formes qui, jugées nécessaires pour garantir les droits des intéressés, ne comportent aucune dérogation. Voici la traduction exacte des deux dispositions du Code civil néerlandais, sanctionné le 28 avril 1834, qui posent le principe quant aux biens fonds. 1223 (ancien n° 1254) : « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le bien hypothéqué est nulle. Néanmoins il est libre au *premier créancier hypothécaire* de stipuler expressément, dans la constitution de l'hypothèque, que, faute de payement exact du capital ou des intérêts échus, il sera irrévocablement autorisé à faire vendre publiquement la *parcelle* hypothéquée, pour, du produit, se faire payer en capital, intérêts et frais. *Cette condition sera transcrite sur les registres publics, et la vente publique aura lieu de la manière prescrite par l'art.* 1285. » Suivant ce dernier article, la vente n'est valable « qu'autant qu'elle aura été faite publiquement, d'après les usages du lieu, devant un officier

portera-t-elle ? Si nous en jugeons par le rapport et le projet de la commission, le principe de cette loi ne sera nullement altéré. Voici le résumé des modifications proposées. Le projet donne une rédaction plus précise à plusieurs articles du Code (679, 682, 683, 688); il accorde une nouvelle garantie aux créanciers à hypothèque légale (697), ainsi qu'à toutes personnes ayant à réclamer un *droit réel* (726), il fixe des délais dans divers cas où les auteurs du Code l'avaient omis (682, 683, 684); il supprime les copies à remettre aux maires et greffiers (673 et 676), l'enregistrement de la saisie au greffe, deux des publications à l'audience, l'adjudication préparatoire, et par suite les affiches et insertions destinées à annoncer cette adjudication. De là résultent une modération de frais et une abréviation des délais, dont le *minimum* ne sera plus que de cent cinquante-cinq jours, au lieu de cent quatre-vingt-quatorze. C'est surtout dans la matière des incidents que le projet abrége les délais et écarte tout acte de procédure d'une utilité contestable, mais en autorisant tout recours motivé par un intérêt réel, et en admettant l'appel dans plusieurs cas où les lois étrangères le déclarent non recevable. La commission a rejeté bien loin l'idée de déclarer, à l'instar des lois de la Bavière et de la Hesse rhénanes, les juges de paix ou notaires délégués du tribunal pour préparer ou consommer l'adjudication, ce qui serait incompatible avec nos lois organiques. Bien plus, la matière de la *conversion* a été organisée de manière à assurer au débiteur les principales garanties de la loi sur la saisie immobilière. Ainsi, toute latitude est laissée au tribunal pour l'admission ou le rejet de la *demande* en conversion, pour le choix du juge ou notaire devant lequel aura lieu la vente, et pour la fixation du jour, le jugement conservera de droit l'immobilisation des fruits, le poursuivant fera signifier les oppositions et les fera mentionner au bureau des hypothèques, en marge de la transcription de la saisie. Pour les formalités préparatoires, on observera les art. 958 à 962, qui prescrivent des placards, insertions,

public, et *que les créanciers inscrits auront été avertis au moins trente jours avant l'adjudication par exploits signifiés aux domiciles par eux élus dans leurs inscriptions.* » Voilà du moins des garanties pour le débiteur et les créancier, même pour les tiers qu'avertit la publicité du contrat, indépendamment des règles tracées par les art. 503 à 512 Code de proc. civ., pour le cas où la vente d'un fonds affecté de la clause de *voie parée* serait poursuivie par un créancier postérieur, auquel la préférence est accordée dès qu'il veut suivre les formes ordinaires

notifications et délais de rigueur, et pour la forme et les suites de l'adjudication, l'art. 965, concernant les biens des mineurs. Enfin, le projet prohibe, *en ces termes*, la clause dite de *voie parée*, qu'il est inexact de présenter comme l'expression d'un besoin généralement senti : « TOUTE CLAUSE *portant que le créancier aura droit de faire vendre les biens de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière est* NULLE ET NON AVENUE. »

La loi actuelle n'est donc pas si mauvaise, puisque les magistrats éminents qui ont plein pouvoir pour proposer toute modification utile, maintiennent presque toutes ses dispositions, avec défense *expresse* d'y déroger. Fût-elle trop minutieuse, un excès de garanties pour le débiteur et les tiers, manifestant précisément toute la sollicitude du législateur, serait une raison de plus pour reconnaître la puissance de sa volonté. Toute stipulation qui dispenserait le créancier de telle ou telle des formalités prescrites serait nulle assurément. Et l'on prétend qu'il est permis de s'y soustraire tout à fait, d'y substituer arbitrairement des formes d'une simplicité extrême, d'une rapidité effrayante, sans que ni le pacte qui les autorise, ni la poursuite même soient rendus publics pour les autres créanciers ou ayants droit, sans que la justice soit aucunement appelé à choisir le notaire qui doit, dans l'intérêt du créancier, prononcer l'expropriation du débiteur, et quelquefois d'un tiers, dépouillé à l'improviste ! ... Non, cela n'est pas. La loi protége l'emprunteur comme le vendeur contre un engagement inconsidéré ; les garanties qu'elle offre à l'un et à l'autre, elle ne peut pas permettre qu'on les répudie par anticipation ; il y va du repos des familles, de l'intérêt même de la société, si intimement lié à la propriété territoriale. La loi veille aux droits des tiers, les voies qu'elle leur ouvre, elle ne permet pas qu'on les ferme à leur insu, et ce n'est que justice. En un mot, la loi a établi des formes protectrices pour tous ; l'ordre public serait troublé s'il était permis d'y substituer l'arbitraire. Donc la justice et la loi ne sauraient autoriser un pacte qui, mobilisant en quelque sorte les propriétés foncières, serait un moyen de ruine imminente pour les familles.

Et ne trouve-t-on pas l'expression même de cette vérité dans plusieurs *textes* de notre loi ? Quand elle exige dans *toute* poursuite en *expropriation* un commandement préa-

lable et plusieurs significations au débiteur (C. C. 2217 et C. P. C. 673, 674, 681) pour qu'il puisse prévenir ou arrêter sa dépossession, des transcriptions sur les registres publics (676 et 680), pour avertir les tiers de la poursuite, des notifications individuelles aux créanciers inscrits (695), pour les appeler à l'adjudication; quand elle ouvre à tous intéressés une voie facile pour faire reconnaître leurs droits réels (727 et suivants), n'y a-t-il pas là une prohibition aussi expresse que possible d'un mode de vente forcée qui peut se consommer à l'insu de la plupart des ayants droit? Lorsque le Code néerlandais a autorisé la clause en question, il a du moins exigé des transcriptions et notifications indispensables pour empêcher toute surprise, admis tous ayants droit à réclamer de préférence les formes ordinaires. Et chez nous on ne serait pas même soumis à ces conditions tutélaires et fondamentales, par cela que notre loi n'a pas prévu et organisé un mode exceptionnel d'expropriation inventé par les créanciers ou leurs conseils!...

La prohibition, s'il faut encore un texte, se trouve dans la disposition même de la loi sur la *conversion* (747). Quoique tous les intéressés soient présents ou dûment appelés, majeurs et maîtres de leurs droits, quoiqu'ils soient tous d'accord pour simplifier les formes et abréger les délais, la loi exige l'*autorisation de la justice*, et impose encore certaines formalités de rigueur. Les formes de l'expropriation ne sont donc pas livrées à la discrétion des contractants.

L'art. 747, a-t-on objecté, suppose une saisie *commencée*. Mais ne voit-on pas qu'il y a là un argument à *fortiori* contre une stipulation qui est réellement une conversion anticipée? Pourquoi la loi n'accorde-t-elle pas au *consentement* du saisi, alors que tous les intéressés sont avertis, l'effet de dispenser de l'autorisation du juge et de l'accomplissement de certaines formes? C'est qu'elle pense avec raison que ce consentement, quoiqu'il ne soit entaché ni d'erreur, ni de dol, ni de violence proprement dite, peut n'être pas entièrement libre, qu'il n'est dû peut-être qu'à l'influence naturelle du créancier sur le débiteur. Voilà le motif de la loi que M. Merlin, qui a pris part à sa discussion au conseil d'État, y voit une raison décisive pour prohiber la clause de *voie parée*. Et si l'on prétend encore que l'art. 747 n'a eu d'autre but que de modifier, au cas de saisie commencée, relativement aux

attributions respectives des notaires et des avoués, l'art. 746, qui défend l'intervention de la justice dans les ventes volontaires, nous opposerons ces propres paroles de M. Berlier au conseil d'État, consignées dans le procès-verbal de la séance du 11 mars 1806 : « Il ne faut pas considérer cette affaire comme un simple débat d'attributions entre deux classes d'officiers publics; cet intérêt est quelque chose, sans doute, mais il est, dans la balance du législateur, bien au-dessous de l'intérêt public. D'après cette donnée jugeons les deux articles qu'on discute. Le 1er voit les choses dans *l'état simple d'une vente volontaire* et en fait l'attribution expresse aux *notaires*, sans permettre que le juge s'y immisce; cela est juste. Mais le 2e *statue sur un autre cas*, celui où une partie saisie et ses créanciers conviennent que la justice déjà investie consommera son ministère par une voie plus simple et moins dispendieuse que l'expropriation juridique. Ainsi le 2e article ne détruit pas le 1er, *il ne le modifie même point : ce sont deux principes différents qui s'appliquent à deux positions différentes.* « L'art. 747 n'a donc pas d'autre motif que celui d'une influence suspecte. Or, l'influence n'est-elle pas plus puissante, de la part du prêteur qui fixe les conditions, envers le propriétaire obligé d'emprunter pour se soustraire à une saisie imminente ou pour subvenir à l'existence de sa famille? La loi ne devait-elle pas présumer aussi, comme au cas des art. 1557, 1674, 2078, 2088 et 2220 C. C., 747 C. P. C., en l'absence même de toute fraude, qu'il n'y avait pas liberté entière, indépendance parfaite dans le consentement de l'emprunteur répudiant à l'avance les garanties que lui donnait la loi pour le cas précisément où il aurait à souffrir une dépossession. « Tant que le débiteur (a dit M. Hua, tirant précisément un argument de texte de ce que l'art. 747 n'autorise une simplification de formes *qu'après la saisie*) n'est pas réellement poursuivi pour remplir son obligation, tant qu'il ne peut pas ainsi mesurer toute l'étendue des ressources qui lui restent, *la loi n'a pas cru qu'il pût renoncer à l'observation des formes protectrices qu'elle a établies en sa faveur.* »

Ainsi partout, dans les motifs de la loi, dans les textes mêmes, nous trouvons l'expression de principes protecteurs pour

le débiteur et les tiers intéressés. Comment soutenir encore que la loi n'est pas essentiellement impérative?

Nous avons lu quelque part cette objection : Sur quarante-quatre articles dont se compose le titre de la saisie immobilière, vingt-quatre seulement comportent nullité pour inobservation des formalités qu'ils prescrivent, et encore la nullité pourra se couvrir si elle n'est pas proposée temps; donc les formes ne sont pas d'ordre public.

Réponse : On confond ici la *perte* d'un droit acquis, avec la renonciation *anticipée* à une garantie légale. Il n'est pas une seule disposition d'ordre public dont le bénéfice ne puisse échapper à tel ou tel des individus de la classe de citoyens que la loi avait en vue, soit par une renonciation en temps de capacité, soit par l'expiration de délais entraînant prescription ou déchéance suivant d'autres motifs d'intérêt public. Par exemple, un père naturel, même avec le consentement de ses héritiers présomptifs, ne peut donner ou léguer à son enfant au delà de ce que la loi lui accorde à titre successif; voilà une disposition d'ordre public; la donation, l'approbation anticipée des héritiers seraient doublement nulles. Et cependant, après le décès de l'auteur commun, les héritiers pourront utilement renoncer au droit qui leur est acquis de faire annuler la donation ou leur approbation concomitante, de même que la donation deviendra valable par la prescription qu'ils laisseraient acquérir au profit de l'enfant donataire. Ici ne s'applique plus le principe de l'art. 6 C. C., parce que la dérogation prohibée consiste non dans l'abandon d'un droit acquis, qui se trouve *in bonis*, mais dans la renonciation *pour l'avenir* à une loi d'ordre public dont on veut éluder l'application quand se réalisera le fait qui doit y donner lieu. De même un jugement entaché d'incompétence absolue, ce qui est contraire à l'ordre des juridictions et conséquemment à l'ordre public, quoiqu'il n'ait pu être consenti à l'avance par les parties litigantes, pourra cependant acquérir autorité de chose jugée par la déchéance résultant de l'expiration des délais pour l'attaquer. C'est ainsi que la nullité résultant de l'omission des formes de procédure les plus substantielles peut en toutes matières disparaître, si elle n'est pas relevée dans le délai que la loi a dû fixer pour mettre un terme aux procès, ce qui n'empêche pas que la for-

malité omise fût d'ordre public, et qu'il ne fût pas permis de l'éluder par une renonciation anticipée, malgré la maxime *cuique licet renuntiare his quæ pro se introducta sunt*, laquelle n'est applicable qu'à des droits *ouverts* ou d'intérêt *purement privé*.

Il demeure donc constant que la loi qui règle le mode de vente forcée des immeubles *intéresse l'ordre public* en ce que l'intervention de la justice, les délais de grâce et les moyens de publicité qu'elle impose, les formes tutélaires qu'elle exige et les voies qu'elle ouvre à tous ayants droit, sont autant de garanties dont la répudiation ne peut pas être laissée à la discrétion d'un emprunteur nécessiteux, soit parce que son consentement serait souvent arraché par le besoin, soit parce qu'il n'a pas qualité pour aliéner les droits des tiers.

Maintenant, niera-t-on que le pacte dont il s'agit soit une *dérogation* à la loi qui trace les formes de l'expropriation forcée? On nous dit : Éviter par la clause en question de se placer sous le coup des règles applicables à la saisie immobilière, ce n'est pas *déroger* à la loi de la matière, pas plus qu'il n'y a dérogation aux lois de la procédure dans la stipulation d'un arbitrage. Mais d'abord, l'exemple de l'arbitrage ne prouve qu'une chose, c'est que, par cela qu'il existe des règles pour le jugement des procès, il a fallu une loi positive pour autoriser un mode particulier de jugement. Et d'ailleurs l'arbitrage est organisé par la loi même, qui y a consacré un titre tout entier du code de procédure (1003 à 1028); il n'enlève pas aux contractants la garantie du concours de la justice, puisque d'une part les arbitres, même amiables compositeurs, sont des *juges* (arrêt solennel du 15 mai 1838, J. A., t. 54, p. 212), puisque d'autre part le jugement arbitral peut être revisé par la justice ordinaire. Or, nous n'avons aucune loi qui autorise la clause de *voie parée* et règle ce mode nouveau d'expropriation comme l'ont fait, en conciliant tous les droits et intérêts, le Code civil et le Code de procédure de la Hollande, seule législation qui admette deux voies distinctes d'aliénation forcée.

En second lieu, qu'est-ce donc que se placer à côté de la loi, si ce n'est pas l'éluder, y déroger réellement? Le propriétaire sans doute peut aliéner comme il peut hypothéquer, et

par là écarter toute application possible des lois faites contre les débiteurs. Mais s'il emprunte au lieu de vendre, et si à l'échéance de la dette il ne vend pas *volontairement* pour se libérer, sa dépossession ne peut être que *forcée;* elle ne peut avoir lieu que par des voies d'exécution, de contrainte : or, ces voies ont été réglées par la loi d'expropriation forcée, seul mode d'exécution sur les immeubles. C'est donc réellement déroger à cette loi que de stipuler, dans le contrat même qui crée l'obligation, que la dépossession, si elle devient nécessaire, aura lieu suivant un autre mode, arbitrairement réglé par la convention. Cela est si vrai, que la stipulation se produit toujours dans des termes exprimant qu'il est *dérogé* à la loi sur la saisie immobilière, et que plusieurs chambres de notaires, celles de Paris et de Bordeaux notamment, ont organisé une procedure à leur usage, en adoptant une série de clauses dont quelques-unes seulement sont la reproduction de certaines dispositions du Code, dont la plupart écartent ou modifient d'autres dispositions non moins importantes pour le débiteur et les tiers, y compris, bien entendu, celles qui veulent la sanction de la justice et des avertissements individuels par le poursuivant aux autres créanciers. Qui ne voit que si la clause dite de *voie parée* était jugée valable, elle serait presque toujours imposée par le prêteur ou par des *conseils intéressés*, qu'elle pourrait, comme la renonciation à la prescription, devenir de style dans les contrats de prêt, et que la loi qui régle un mode uniforme d'exécution forcée sur les immeubles serait bientôt éludée de mille manières, au mépris de tous les droits..

Où seront donc les garanties dues aux débiteurs et aux tiers? La cour de Bordeaux approuve sans hésiter la clause autorisant irrévocablement le prêteur à vendre *aux prix et conditions qu'il jugera convenables* (1) : c'est la conséquence forcé du système arbitraire dans lequel on est entré. Quelle source d'abus et de spoliations?

La stipulation et la vente, nous dit-on aujourd'hui, ne seront validées qu'autant qu'il y aura eu mise en demeure et publicité suffisantes. C'est une improbation du système des notaires, ceux notamment du nord de la France, qui jugent inutile le commandement préalable dans une *expropriation*

(1) Arrêt du 29 juin 1850 (J. A., t. XLVII, p. 545, n° 0)

conventionnelle. On reconnaît donc que la loi est obligatoire en ce point. Mais quel sera l'intervalle entre la mise en demeure et le premier acte de poursuite? La loi veut un délai de trente jours au moins : si on le réduit, on enfreint une des prohibitions les plus sévères de la loi, fondée sur les plus puissants motifs; si on l'observe, c'est donc que la loi est obligatoire à cet égard encore. Comment écarter ses autres prescriptions? peut-on bien diviser ainsi une loi de procédure dont toutes les dispositions s'enchaînent? Et la publicité, si utile aux débiteurs et aux ayants droit, quand jugera-t-on que la stipulation y pourvoit assez? Parmi les partisans de la clause, qui tous écartent l'enregistrement et la transcription sur les registres publics, la dénonciation au saisi, les notifications individuelles aux créanciers inscrits, etc., précisément ce qu'il y a de plus essentiel, les uns se contentent d'une seule affiche, d'autres en veulent trois; quelques-uns conseillent telle forme, voire même une adjudication *provisoire*, quelques autres préfèrent telle autre forme plus expéditive, la formule adoptée par les notaires de Paris veut deux affiches à dix jours d'intervalle, *sans aucun visa ;* celle des notaires de Bordeaux laisse au créancier le soin de donner à la vente *telle publicité qu'il jugera convenable ;* enfin dans le Nord, la formule usitée est : après *une ou deux* publications par affiches et une insertion dans *le* journal. Voici donc la plus importante loi de procédure livrée à l'arbitraire des prêteurs! Désormais il y aura autant de lois d'expropriation que de contrats de prêt, et cela sous le titre unique de *voie parée*...

Que signifie donc cette qualification? Le titre *paré*, dans la langue du droit, est celui qui a force *exécutoire,* ce qui tient à la forme de l'acte contenant obligation, et non aux stipulations qui peuvent y être insérées; c'est donc un *instrument d'exécution forcée*. Or, l'exécution forcée sur les immeubles du débiteur, avec la condition essentielle d'un titre *paré*, suppose un commandement préalable, le commandement non exécuté une poursuite, la poursuite une saisie, la saisie recours à la justice, publicité, délais, avertissement aux autres créanciers et voie ouverte à tous ayants droit. Tout cela est uniformément réglé par la loi et devait l'être pour éviter le trouble dans la société. Comment concilier la dénomination de ce pacte avec l'exécution rapide et subreptice qu'on veut lui donner?

Mais il y a plus : si nous recherchons la *nature* et les *effets* rationnels du *droit* conféré au prêteur, il deviendra évident que ce pacte est encore incompatible avec nos lois fondamentales sur la propriété, la vente, les priviléges et hypothèques, la distribution de deniers entre créanciers, qu'en un mot il bouleverse toute notre législation, qu'il faudrait changer si un pareil mode d'expropriation pouvait être autorisé tel qu'il se produit acctuellement.

Quel est le *droit réel* conféré au prêteur. Il n'y en a aucun suivant la jurisprudence de la cour de Bordeaux, qui pourtant admet la clause dans toute son étendue. Et, en effet, nous n'y voyons ni transmission de propriété, d'usufruit, de droit d'usage ou de servitude, ni constitution d'antichrèse, rien autre chose enfin qu'un contrat de prêt sur hypothèque avec la clause en question. Le prêteur n'a donc, à part le droit hypothécaire réglé par la loi, qu'une *créance* imprimant à l'emprunteur une obligation personnelle pour l'exécution de laquelle des voies légales ont été établies.

Suivant M. Rolland de Villargues, l'emprunteur en consentant la clause, a *commencé de disposer de sa propriété.* Nous comprenons que c'est une espèce d'interdit qui frappe le droit du propriétaire; mais nous ne voyons pas encore quel *droit réel* un *commencement de vente* peut conférer à celui qui prête et n'achète pas.

Un tribunal a jugé qu'il y avait *vente conditionnelle*, valable suivant la l. 16, § 9, ff. *de pign. et hyp.*; mais cette erreur a été repoussée par la cour d'appel, qui pourtant valide la clause (Aix, 13 juillet 1837). En effet la *fixation d'un prix*, soit par les contractants, soit par un tiers auquel on convient de s'en rapporter, est essentielle au contrat de vente; et dans l'espèce de la loi citée, le pacte portait : *jure emptoris possideat rem, justo prætio tunc estimandum.* Or, dans la clause de *voie parée* il n'y a ni pacte de vente ni de prix de vente, puisque la somme livrée par le prêteur est l'équivalent de l'obligation de la rendre, et rien de plus. Ajoutons que l'art. 2088, en déclarant expressément *nulle* toute clause en vertu de laquelle le créancier *deviendrait propriétaire* de l'immeuble, *solutâ non pecuniâ*, prohibe précisément la vente conditionnelle de l'immeuble affecté, par des motifs qui s'appliquent à l'hypothèque comme à l'antichrèse.

Suivant MM. Ravez, de Saget, etc., dans leur consultation

qui fait autorité pour les partisans de la *voie parée*, a l'emprunteur *s'est irrévocablement dépouillé du droit de disposer de la propriété* tant que le contrat subsistera ; il y a, sinon cession de la propriété, ce qui constituerait une véritable vente, du moins *cession du droit de disposer de la propriété ;* ce droit affecte la propriété en soi, il en est un *véritable démembrement.* » Mais, ainsi que l'a fait remarquer M. Scholl, professant la validité de la clause par d'autres motifs, où donc est le prix qui est de l'essence d'une cession comme d'une vente, d'une transmission de droit réel sur un fonds comme d'une vente du fonds même ? Et qu'est-ce donc que ce *démembrement* conféré au prêteur ? Le droit de propriété étant celui de *jouir* et de *disposer* d'une chose, nous comprenons que la *jouissance* puisse être modifiée, démembrée par l'affectation d'un droit d'usufruit, d'usage ou de servitude, auquel sera attaché un droit relatif de disposition, nous comprenons que le propriétaire soit privé momentanément de l'exercice *personnel* du droit de *disposition*, pour incapacité établie par la loi, mais nous ne concevons pas que le droit de jouissance et le droit de disposition puissent être *entièrement détachés* sans qu'il y ait altération du droit de propriété dans son *essence* (1), que l'un puisse appartenir à l'emprunteur et l'autre au prêteur, qui d'ailleurs ne donne aucun prix d'acquisition d'un pareil droit. Et ne voit-on pas que si le prêteur sur hypothèque avait un démembrement de la propriété, il aurait à la fois deux droits incompatibles sur un même fonds, ce qui devient de la dernière évidence quand on considère qu'il conserve, soit virtuellement, soit expressément (2), le droit d'exproprier par les voies ordinaires.

Il y a, disent les partisans de la clause, s'accordant sur ce point seulement, *mandat* pour vendre. Mais d'abord quelle contradiction flagrante entre cette qualification doctrinale et la dénomination pratique ! La *voie parée* suppose une *exécution* par le créancier *contre* le débiteur ; le mandat au contraire suppose des actes *volontaires*, puisque ce qui est fait par le mandataire l'est *au nom* du mandant. Si un commandement a lieu, ce sera donc un acte de mandataire à mandant ! Et quel caractère appartiendra à la vente ? Elle sera donc

(1) Pothier, *Traité du droit de la propriété*, part. 1, ch. 1, n. 5.
(2) Formule des notaires de Bordeaux (J. A., t. XXXVII, p. 556), arrêt de la cour de Bordeaux du 3 mai 1834.

volontaire par le mandat, quoique *forcée* par l'exécution, ce sera, comme on l'a dit, une *vente forcée volontaire*, expressions qui dépeignent tout ce qu'il y a d'incohérent dans un pareil mode d'expropriation. Dira-t-on qu'elle a un caractère *mixte;* nous répondrons que la loi ne reconnaît pas cette troisième classe de ventes, et qu'il faut nécessairement rentrer dans l'une ou l'autre des deux catégories pour lesquelles seules la loi a établi des règles. Que si on prétend alors que c'est une vente *purement volontaire*, nous demandons comment on pourra maintenir cette qualification quand le débiteur, demeuré propriétaire, aura formé *opposition* à la vente.

Le mandat, objecte-t-on, sera *irrévocable*. Comment? La révocation par le mandant, *quand bon lui semble*, est autorisée par une disposition formelle et expresse de notre Code civil, article 2004.

Ce sera, nous dit-on avec assurance, l'espèce de mandat appelé en droit romain mandat *in rem suam*. Qu'est-ce? Dans la législation romaine, alors que le *dominium* n'était point transmis sans tradition, l'acheteur qui n'avait pas l'action *directe* était obligé d'agir au nom de son vendeur, qui lui *mandait* son action : de là le véritable mandat *in rem suam*. Si ce mandat était irrévocable de sa nature, c'est que le *procurator in rem suam* était le seul ayant droit à la chose. Voilà ce qui résulte à suffire des nombreuses autorités rappelées par notre honorable prédécesseur, M. Chauveau-Adolphe, dans sa dissertation. J. A., t. 47, p. 529 et suiv. Quel rapport y a-t-il entre ce mandat du droit romain, complètement inutile dans notre législation, et une stipulation qui laisse dans les biens de l'emprunteur l'immeuble hypothéqué?

On prétend que la qualité de *procurator in rem suam* appartenait aussi au mandataire simplement *intéressé*, qu'il en est encore ainsi dans le droit actuel, et on cite comme exemples le mandat *ad lites*, la commission de négociant à négociant, les pouvoirs donnés aux gérants d'une société, ceux du mari sur les biens de sa femme, etc. Mais que signifie ici cette qualité abstraite? Que nous importe qu'il y ait dans certaines positions réglées par la loi une espèce de mandat irrévocable? Un pareil mandat est-il compatible avec les principes sur le gage, l'hypothèque? Peut-il dispenser de l'observation des formes légales d'exécution forcée sur les immeubles? Voilà la question.

A ne considérer que la législation romaine, d'où on prétend tirer le pacte dont il s'agit, l'affirmative serait douteuse. On exhume deux textes, l'un du Digeste (l. 8, *de pign. act.*), l'autre du Code (l. 3, § 1er *de jure dom. imp.*), qui semblent autoriser la stipulation dérogeant aux formes légales pour la vente du gage. Mais il y a des textes contraires, outre la Constitution de Justinien qui a prohibé formellement toute clause présentant les éléments du pacte commissoire. 1° La l. 1, C. *de pact. pign.*, disposait que le créancier devait vendre suivant le droit commun : *Communi jure creditor hypothecam vendere debet;* et la l. 9, C. *de distractione pignorum*, disait : *Quæ specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detractantibus solutionem, bona fide* DEBITIS et SOLEMNITER *vendere;* expressions qui se rapprochent de celles de notre art. 2088. 2° Dans ses Institutes, au titre *quibus alienare licet*, Justinien suppose un pacte autorisant le créancier à vendre le gage : *Ab initio contractus pactus est ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur,* ce qui constitue un mandat, *quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari*, mandat irrévocable en ce sens que le débiteur ne pourra s'opposer à l'exécution, et il dit, pour ce cas précisément, qu'il faudra suivre les formes tracées par sa constitution, qui est la l. 3, C. *de jure dom. imp.*. *Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur, nostra constitutione consultum est, et* CERTUS MODUS IMPOSITUS EST *per quem pignorum distractio possit procedere, cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum,* SATIS ABUNDE PROVISUM EST. Ainsi un mode de vente était organisé et déclaré obligatoire, au cas même de pacte autorisant le créancier à vendre, et c'est de là précisément qu'a été tiré, en l'appropriant aux formes nouvelles, le mandat permis et réglé par le Code néerlandais. 3° Enfin, sur le titre même *de jure dom. imp.*, Voet rappelle la nécessité d'observer les formes légales : *Qualicumque autem lege municipali aut usu inveterato inductus fuerit pignoris vendendi modus,* IS SERVANDUS EST NEC AB EO PRIVATIS CREDITORUM AUT DEBITORUM CONVENTIONIBUS RECEDI POTEST AUT ORDO MUTARI.

Voilà certes d'assez imposantes autorités contre la thèse du mandat *in rem suam* appliqué sans conditions aucunes à la vente du gage.

Mais alors même que le droit romain eût validé le mandat

irrévocable de vendre suivant des formes de convention, il ne s'ensuivrait nullement qu'un pareil pacte fût valable dans une législation qui, d'une part, ne contient aucune disposition semblable aux deux textes qu'on exhume de la compilation Justinienne, qui, d'autre part, a incontestablement une loi de procédure, réglant, dans des vues d'ordre public, la marche à suivre par le créancier pour la vente de l'immeuble hypothéqué.

Interrogeons nos adversaires eux-mêmes, ceux qui précisément habitent la terre classique du pacte de *voie parée*, sur l'irrévocabilité prétendue du mandat donné au prêteur; et nous verrons qu'ils ne peuvent pas même s'entendre sur ce point capital de la question.

Le débiteur pourra-t-il vendre l'immeuble ainsi affecté? Assurément non, disent M. Ravez et ses consultants, puisque par le mandat *in rem suam* le débiteur s'est dépouillé du droit de disposition. Oui, certainement, répondent plusieurs arrêts de la Cour de Bordeaux, puisque le mandat *in rem suam* ne constitue qu'une obligation personnelle, dont l'inexécution par le fait d'une vente amiable n'est passible que de dommages-intérêts. Que devient donc l'irrévocabilité du mandat? Si le débiteur peut encore aliéner, il pourra sans doute empêcher la vente que poursuivrait le créancier, soit en vendant immédiatement, soit en annonçant la mise en vente, à des jour, lieu, et conditions différents de ceux qu'aurait fixés celui-ci. Par une conséquence nécessaire, il aura le droit de se présenter en l'étude du notaire indiqué dans la convention ou choisi par le créancier mandataire, de modifier le cahier des charges, etc.; ou bien il pourra contracter une dette, exigible presque aussitôt, qui autorisera le nouveau créancier à poursuivre la vente à l'encontre de celle que voudrait faire le créancier à *voie parée*. Le mandat n'est donc pas essentiellement irrévocable.

Il y a deux sortes de révocations, dit M. Scholl : l'une indirecte, résultant de l'exercice d'un droit, celle-ci ne saurait être contestée : l'autre résultant de la seule volonté, voilà celle qui serait nulle comme contraire à la stipulation. La distinction est ingénieuse, mais est-elle aussi rationnelle? Dans ce système, il faudrait reconnaître au débiteur le droit d'*échanger*, et cependant un arrêt le lui conteste (Douai, 17 juillet 1829), le droit de faire *donation*, par contrat de ma-

riage ou autrement, avec la dette hypothécaire, et la Cour de Bordeaux le lui refuse (2 juin 1827); on devrait admettre la révocation par décès, qui n'est pas arbitraire, alors surtout que la qualité des héritiers appelle l'observation des formes particulières, et cependant M. Scholl décide avec les Cours de Bordeaux, Toulouse, etc., que le mandat subsiste dans toute sa force nonobstant la faillite ou le décès du débiteur, que la vente suivant la stipulation peut avoir lieu malgré toute opposition, soit des créanciers du failli, soit du tuteur des héritiers mineurs, soit de l'administrateur ou des créanciers de la succession bénéficiaire ou vacante, réclamant les formalités prescrites par les dispositions *spéciales* de la loi. Et pourquoi? parce que, dit-on, l'immeuble, avant le décès ou la faillite, était affecté d'une clause qui n'a pu être altérée par un événement fortuit.

Qu'on s'accorde donc à soutenir avec M. Ravez et ses coconsultants que par cette clause l'emprunteur a *aliéné le droit de disposition*. Ce système serait le moins irrationnel s'il était possible de voir dans un contrat de prêt transmission, sans prix aucun, d'un *demembrement* de la propriété; mais en voici les conséquences naturelles, d'abord pour les emprunteurs, puis pour les tiers : on va voir quel désordre peut en résulter.

1. Si le pacte de *voie parée* constitue plus qu'un droit hypothécaire, s'il opère une espèce d'aliénation, exclusive des règles sur l'expropriation forcée, il pourra frapper des biens *dotaux* déclarés aliénables par le contrat de mariage. A ceux qui objecteraient que la loi ne permet pas une constitution d'hypothèque que la femme serait trop facilement amenée à souscrire avec l'espoir d'éviter une expropriation, on répondrait que le motif de la loi *Julia* et de la jurisprudence actuelle ne peut s'appliquer à un mode d'aliénation dont l'efficacité est palpable à l'instant même du contrat. Et, en effet, on a déjà vu une Cour royale autoriser un emprunt avec *voie parée* sur des biens dotaux, en se fondant sur l'art. 1558 C. C. qui n'autorise pourtant que l'*aliénation* (1).

2. Si la vente opérée par suite de ce pacte n'est pas une expropriation, la stipulation pourra dispenser du commandement préalable (2) qui même ne se conçoit guère de la part

(1) Bordeaux, 21 décembre 1838.
(2) Formule des notaires du nord de la France.

d'un *procurator in rem suam* ayant acquis le droit de vendre ; tout au moins pourra-t-on réduire à un les trente jours d'intervalle exigés par la loi (1). Et si les formes légales ne sont pas obligatoires pour un tel créancier, la publicité pourra consister dans une seule affiche quelques jours à l'avance (2) sans que la vente, quoique faite à vil prix, puisse être critiquée par le débiteur autrement qu'en prouvant jusqu'à l'évidence qu'il y a eu fraude concertée, sans qu'il puisse peut-être obtenir la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, en raison de ce que l'aliénation de son fait est dans le contrat primitif plus que dans la transmission faite par le mandataire *in rem suam*.

3. Le prêteur pourra stipuler la faculté de vendre aux prix et conditions qu'il jugera convenables (3) ou de retenir en payement de sa créance l'immeuble hypothéqué (4), nonobstant la prohibition des art. 2078 et 2088 qui, dit-on, ne s'appliquent qu'au cas de gage ou d'antichrese, et nullement au cas d'hypothèque avec cession du droit de *disposition*. L'étude du notaire du créancier, quoique les biens ne soient pas dans son ressort, pourra être choisie pour l'adjudication, nonobstant la jurisprudence qui ne permet pas la vente sur *conversion* ailleurs que dans l'arrondissement de la situation (5) parce que, dira-t-on, l'art. 747 est inapplicable à l'adjudication autorisée par le contrat de prêt lui-même.

4. Il pourra poursuivre la vente alors même que le débiteur s'y opposerait en soutenant soit que le revenu net d'une année suffit pour parfaire la libération (6), soit que la créance n'est pas *liquide* ou est éteinte en tout ou partie par imputation ou compensation, sauf à compter avec celui-ci après l'adjudication et au moment d'imputer le prix sur sa créance, parce que, dira-t-on, les art. 2212 et 2213 C. C. ne s'appliquent qu'à l'expropriation forcée, et qu'il s'agit ici de vente autorisée par un contrat qui a transmis au créancier le droit de disposer de l'immeuble. La justice ne pourra pas même accorder le délai de grâce permis par l'art. 1254 C. C., puisque par le contrat l'emprunteur aura renoncé, soit virtuel-

(1) Formule des notaires de Bordeaux.
(2) Formules précitées.
(3) Bordeaux, 29 juin 1830.
(4) Toulouse, 16 mars 1812 et 1er mars 1822. Montpellier, 26 juin 1835.
(5) Cour de cassation, 25 avril 1832 (J. A., t. XLII, p. 305).
(6) Formules des notaires de Paris et de Bordeaux.

lement, soit expressément (1), à ce bénéfice comme à ceux de la loi sur la saisie immobilière.

5. Le débiteur venant à décéder, la signification préalable du titre aux héritiers ne sera pas nécessaire, parce que l'article 877 C. C. qui l'exige ne s'applique qu'au cas d'exécution *forcée*, et que tout ici, dira-t-on, est volontaire d'après la convention. Quoique les héritiers soient *mineurs*, la vente de l'immeuble pourra avoir lieu sans discussion préalable du mobilier, nonobstant la prohibition de l'article 2206, au titre *de l'expropriation forcée*, de même que sans l'observation des formes prescrites pour la vente des biens des mineurs, parce que, dit-on, les héritiers n'ont reçu les biens du défunt qu'avec l'affectation d'une clause qui en permettait autrement la vente (2).

6. Le créancier pourra se rendre adjudicataire soit par lui-même, soit par personne interposée, nonobstant la prohibition portée par l'art. 1595 C. C. contre le *mandataire* relativement aux biens qu'il est *chargé de vendre*, parce que, dira-t-on, son mandat *in rem suam*, qui lui a conféré un droit de *disposition*, droit *réel*, irrévocable, n'est pas régi par les dispositions du Code civil sur le mandat ordinaire; et pour plus de sûreté, le prêteur stipulera une renonciation à la garantie de l'art 1596, que l'on dira n'être qu'une disposition d'intérêt privé qui peut être répudiée (3).

7. Dans les liens de la stipulation, le débiteur ne pourra plus emprunter, et on lui interdira tout acte qui ferait naître une hypothèque soit conventionnelle, soit judiciaire ou légale, à peine de voir exécuter immédiatement la *voie parée* (4), parce que ce serait conférer à un autre créancier le droit d'anéantir le mandat en pratiquant une saisie qui empêcherait la vente suivant la stipulation. On lui interdira même le droit de vendre *amiablement* sans le consentement écrit du créancier (5), par ce motif, sans doute, que celui-ci a le choix du notaire; et il ne pourra à plus forte raison ni échanger, ni donner, ni léguer l'immeuble ainsi affecté, qui sera frappé d'indisponibilité dans ses mains...

(1) Formules des notaires de Bordeaux.
(2) Toulouse, 5 mai 1837.
(3) Formule des notaires de Bordeaux; *V.* aussi l'arrêt de la cour de Liége, du 4 décembre 1806.
(4) Rennes, 2 février 1837.
(5) Formule des notaires de Bordeaux.

Voilà comment la clause de *voie parée* est utile aux personnes qui ont besoin d'emprunter et à leurs familles. Voici maintenant ses conséquences pour les tiers, à l'égard desquels elle ne peut pas être moins valable que pour le débiteur ou ses héritiers, dès qu'on y voit transmission d'un *droit réel*, dispensant des formalités établies pour l'exécution des obligations *personnelles* seulement.

1. Si l'immeuble hypothéqué est indivis, le créancier repoussera l'application de l'art. 2205 C. C., qui défend la *mise en vente* avant partage, en disant : Il ne s'agit pas ici d'expropriation forcée; j'ai un droit réel, garanti par un mandat irrévocable; je puis donc vendre la part indivise de mon mandat comme le pourrait celui-ci, sauf l'événement du partage qui sera ultérieurement provoqué soit par moi, soit par l'acquéreur, et sauf encore les questions de retrait successoral ou autres qui pourront dériver de cet état de choses non prévu par la loi. Au besoin le créancier trouvera dans son pacte de *voie parée* les moyens de *morceler* l'héritage, et de vendre seulement une portion équivalente à la part présumée de son débiteur (1).

2. La propriété du débiteur peut n'être pas incontestable sur la totalité des biens hypothéqués. Au cas de saisie, les tiers prétendant droit pourraient former une demande en distraction avant l'adjudication (art. 727 et suiv.). Mais, dira-t-on, ces dispositions du Code de procédure sur la saisie immobilière sont inapplicables à une vente qui est censée émaner du débiteur lui-même, et qui, faite à *non domino*, n'est régie que par les dispositions du Code civil. Les tiers ne pourront élever incident pour empêcher l'adjudication annoncée, sauf le droit de revendiquer l'immeuble après la vente consommée, entre les mains de l'acquéreur, qui appellera en garantie son vendeur, soit le débiteur, soit le mandataire *in rem suam*.

3. Au cas de faillite du débiteur, ou de décès en état de déconfiture, les créanciers, soit de la faillite, soit de la succession vacante ou bénéficiaire, ne pourront réclamer l'observation des formes établies par la loi spéciale, et seront tenus de laisser vendre suivant la stipulation de *voie parée*, parce

(1) Formule des notaires de Bordeaux.

que, dit-on, la faillite ou le décès n'ont pu modifier un droit qui était acquis au créancier plus diligent (1).

4. Au cas de saisie pratiquée par un créancier, et pendant l'accomplissement des formalités qui doivent précéder la dénonciation par laquelle le saisi est dépouillé du droit d'aliéner, la vente de l'immeuble pourra être consommée par un créancier à *voie parée*, au moyen de la rapidité d'exécution que comporte cette clause. Que deviendra alors la priorité assurée au premier saisissant par l'art. 719 C. P. C.? Et même après la dénonciation, ce créancier ne pourrait-il pas vendre de même? On ne manquerait pas de dire L'effet attribué à la dénonciation par l'art. 692 C. P. C., n'est pas acquis ici, parce que, *avant la dénonciation*, le débiteur avait concédé, par un mandat *irrévocable*, le *droit de disposition* de l'immeuble. Quelle sécurité y a-t-il maintenant pour les créanciers, pouvant toujours craindre l'existence d'un *privilége* des plus exorbitants, qui n'est soumis à *aucune publicité!*

5. La clause de *voie parée* pourra être stipulée par un créancier simplement chirographaire, ce qui ne serait pas plus monstrueux que la prétendue cession d'un *démembrement* de la propriété à un créancier *hypothécaire*, qui se trouve ainsi avoir deux droits contradictoires. Ce créancier, dans la prévision d'une déconfiture imminente, se hâtera de vendre et d'appliquer le prix au payement de sa créance (2). Quel sera le sort des autres créanciers? s'ils ne sont que chirographaires aussi, ne seront-ils pas privés du droit de contribution que leur promettait la loi à défaut de privilége ou d'hypothèque (C. C. 2093 et 2094)? Et s'il y a des créances hypothécaires dont le montant soit supérieur au prix de la vente, comment aura lieu la purge, quelle voie de surenchère sera ouverte, comment procédera-t-on à une nouvelle adjudication au cas soit de surenchère, soit de folle enchère? Tout cela sera fort embarrassant pour les créanciers, qui seront exposés à procéder mal et à supporter des frais considérables, à cause du caractère mixte de cette *expropriation conventionnelle* dont on ne trouve les règles ni dans la loi, ni dans la jurisprudence.

6. Enfin s'il y a deux *voies parées* conférées à deux créan-

(1) Bordeaux 12 et 19 août 1831, 26 novembre 1834.
(2) Formules des notaires de Paris et Bordeaux.

ciers, quels seront leurs droits respectifs? Le second pourra-t-il vendre comme le premier? Si on l'admet, la priorité sera donc le prix de la course, et chacun des deux créanciers se hâtera de vendre dans la crainte qu'il ne vienne à se révéler d'autres stipulations pareilles. Quel sera le sort de la 2e vente? qui en payera les frais? qui supportera les dommages-intérêts dus à l'acquéreur trompé? Dira-t-on que la priorité appartient non à celui qui a vendu le premier, mais à celui qui le premier a stipulé la clause? Dans ce système, qui oserait désormais prêter sur hypothèque, accepter en gage aucun immeuble, même possédé par l'emprunteur, puisque, la clause de *voie parée* n'étant soumise à aucune publicité, on peut toujours craindre qu'il n'en existe quelqu'une affectant secrètement l'immeuble, et primant tout droit postérieurement concédé? Qui pourra même acheter désormais avec sécurité, puisque les partisans de la clause de *voie parée* ne sont pas d'accord sur la question capitale, celle de savoir si le débiteur peut encore aliéner?

Voilà des conséquences, des difficultés même indépendemment de plusieurs autres sur lesquelles déjà on a beaucoup discuté, qui démontrent quel désordre produirait dans les transactions sociales un pacte qui répugne à tous les principes.

Et l'on ose affirmer que la *voie parée* intéresse le *développement du crédit public et de l'industrie* (1)... Comment donc prend-on la prospérité publique? quelle extension faut-il encore donner aux priviléges de l'industrie sur la propriété territoriale?

Veut-on battre monnaie avec les immeubles? Qu'on essaye donc de réhabiliter l'un de ces essais qui nous ont laissé de si tristes souvenirs, celui, par exemple, de la loi du 9 messidor an III de la république, et qu'on revienne aux *hypothèques sur soi-même*, aux *cédules hypothécaires*, transmissibles par *endossement à ordre*. Ou bien qu'on tâche d'introduire dans nos institutions quelque système analogue à celui que le génie financier de Law ne put faire adopter par le parlement d'Écosse... Mais non; nos économistes eux-mêmes sont d'accord sur ce point, que vouloir *mobiliser le sol* c'est pour-

(1) *Journal des Notaires*, nos 8505 et 9293.

suivre une *périlleuse utopie*. En effet, la France est un pays agricole autant tout au moins qu'industriel : or, l'agriculture ne peut fleurir si la propriété foncière ne repose point sur une base inébranlable, si le propriétaire peut être dépossédé comme d'un meuble par l'échéance de son *obligation foncière*.

On veut seulement, disent nos innovateurs, la *mobilisation du crédit foncier*, expression peu heureuses, comme l'a fait remarquer M. Rossi, à l'*Académie des sciences morales et politiques*, dans son rapport sur un mémoire *ad hoc* de M. Wolowski. Mais par quels moyens? Trouve-t-on ces éléments de prospérité publique dans le contrat de *voie parée?* Nullement. Bientôt cette création de nos jours sera reléguée, comme la *Caisse hypothécaire*, qui l'a introduite dans ses statuts, parmi les conceptions arriérées. On veut plus déjà : ce seront des *associations de crédit* à l'instar de celles qu'a créées en Silésie le négociant Buhring, une *banque territoriale de circulation* ou *foncière*, un *grand-livre de la propriété foncière*, résultat d'une *association territoriale*... Dans tout cela il peut y avoir quelque pensée féconde, soit. Mais que demande-t-on pour la réaliser? une meilleure loi hypothécaire : il faut, dit-on, plus de sûreté pour le prêteur; les emprunts seront d'autant plus faciles au propriétaire. *Crédit et sécurité :* voilà le vœu général; les voies et moyens sont seuls en discussion. Et que proposent au législateur ceux qui ont sur la question les idées les plus saines?

En premier lieu, assujettir à la *publicité*, par la transcription ou l'inscription sur les registres hypothécaires : 1° tous actes translatifs de propriété à titre gratuit, sans excepter la vente, l'échange, le legs, etc.; 2° toute constitution de droits réels diminuant la valeur de l'immeuble, tels qu'usufruit, droit d'usage ou d'habitation, servitudes et peut-être aussi le droit du fermier; 3° tous les privilèges, toutes les hypothèques, sans exception aucune. En un mot, *publicité entière et absolue :* voilà la condition première. Eh bien, c'est précisément ce qui manque au pacte de *voie parée*, puisque, introduit furtivement dans les contrats de prêt sans que la loi l'eût prévu, il n'est soumis à *aucune transcription*, ni pour l'établissement ni pour la mise à exécution du *droit de disposition* ou d'*expropriation conventionnelle* qu'il confère, puisque même le poursuivant n'est pas tenu d'avertir les autres créanciers actuels.

En second lieu, on demande la simplification des formes de saisie immobilière. C'est l'œuvre du législateur. Mais si la poursuite doit être simplifiée dans l'intérêt du créancier, si quelques délais, jugés trop favorables au débiteur, doivent être abrégés, tous les tiers ayants droit, d'un autre côté, devront obtenir, comme le propose la Commission (1), les moyens de connaître l'expropriation et de faire valoir leurs droits; car, plus la poursuite sera rapide et dégagée de publications permanentes qui s'adressent à tous sans arriver sûrement aux véritables intéressés, plus il sera nécessaire de maintenir et étendre même le principe des notifications *individuelles*, ainsi que le droit d'intervention. Eh bien! c'est encore ce qui manque à *l'expropriation conventionnelle*, puisque les créanciers inscrits ne sont pas appelés par le poursuivant à l'adjudication, et puisque même, ni ces créanciers, ni les tiers ayant à faire valoir des droits *réels*, ne peuvent intervenir à ce titre, réduits, qu'ils sont, à recourir les uns au droit difficile et dispendieux de surenchère, les autres à une action ultérieure en revendication.

Ainsi, dans le système de progrès qui s'agite actuellement, le pacte de *voie parée* est encore ce qu'il y a de plus défectueux. Mieux vaudrait, si l'on veut un *mode sommaire* d'expropriation pour les biens d'une modique valeur, adopter celui que le parlement de Paris, par arrêt de règlement du 29 janvier 1658, avait établi sous le nom *d'adjudication à la barre de la Cour*, pour les fonds estimés à 2,000 livres au plus (2), et que les rédacteurs du Code de procédure avaient proposé d'admettre exceptionnellement pour les biens d'une valeur inférieure à 4,000 fr. (3). Que si l'on voulait enlever aux tribunaux, pour les attribuer à certains officiers publics, les expropriations *conventionnellement* consenties par les emprunteurs, tout au moins faudrait-il, comme l'a fait la législation néerlandaise (4), 1° ne permettre ce privilége qu'au *premier* créancier hypothécaire, et en subordonner l'effet à une *transcription sur les registres publics*, par laquelle les prêteurs ultérieurs seraient prévenus, ce qui est indispensable pour la *sûreté*

(1) *V.* les art. 697 et 728 du projet.
(2) *V.* le nouveau Denizart, v° *Adjudication sur trois publications.*
(3) *V. Traité des Hypothèques* de Grenier, t. II, p. 417.
(4) *V. supra*, notre tableau des formes d'expropriation adoptées par les États voisins qui ont appartenu momentanément à la France.

des placements sur hypothèque; 2° régler *uniformément* le mode de poursuite, avec la condition *d'avertir* individuellement les autres créanciers ou tiers ayants droit qui seraient inscrits, ce qui est nécessaire pour garantir tous les *droits*; 3° enfin prévoir et régler les difficultés qui pourraient résulter d'un concours de poursuites différentes, en assurant la préférence au créancier qui aurait suivi les formes jugées les plus utiles pour *tous*. Voilà des réformes qui peuvent être tentées. Mais, quel que soit le projet qui prévaille, dès qu'il aura la *sanction de la loi*, ce ne sera plus le pacte de *voie parée*, arbitraire et oppressif dans ses stipulations, exclusif dans son exécution de toute intervention légitime. Alors, comme aujourd'hui, la stipulation du droit d'exproprier dans des *formes de convention* sera toujours une dérogation flagrante aux *règles légales*, et une violation manifeste du principe fondamental qui prohibe toute dérogation aux lois d'ordre public.

ACHILLE MORIN,

Docteur en droit,

Avocat aux conseils du roi et à la cour de cassation.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.